EXPLICACION HISTÓRICA

DE LAS

INSTITUCIONES

DEL EMPERADOR JUSTINIANO,

CON EL TEXTO, LA TRADUCCION AL FRENTE Y LAS EXPLICACIONES DEBAJO DE CADA PÁRRAFO,

PRECEDIDA DE

LA HISTORIA DE LA LEGISLACION ROMANA,

DESDE SU ORIGEN HASTA LA LEGISLACION MODERNA,

Y DE UNA

GENERALIZACION DEL DERECHO ROMANO,

SEGUN LOS TEXTOS CONOCIDOS ANTIGUAMENTE Ó MAS RECIENTEMENTE DESCUBIERTOS,

POR

M. ORTOLAN,

PROFESOR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE PARÍS.

NOVÍSIMA QUINTA EDICION REVISADA Y AUMENTADA,

TRADUCIDA POR LOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO PEREZ DE ANAYA

Y

D. MELQUIADES PEREZ RIVAS.

TOMO I.

LIBROS I Y II DE LA INSTITUTA.

MADRID,

LIBRERÍA DE **D. LEOCADIO LOPEZ,** EDITOR,

calle del Cármen, número 13.

1884.

MADRID, 1884.—ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO DE LOS SUCESORES DE RIVADENEYRA,
impresores de la Real Casa.
Paseo de San Vicente, número 20.

EXPLICACION

DE LAS

PRINCIPALES ABREVIATURAS QUE SE USAN EN ESTA OBRA EN LAS CITAS DE TEXTOS.

Gaï, ó simplemente G., 2. 22.—*Gayo* (*Instituta*), *comentario* 2, *párrafo* 22.

Ulp. Reg. 24. 26.—*Reglas de Ulpiano* (*libro único*), *título* 24, *párrafo* 26.

Ulp. Instit.—*Fragmento de las Institutas de Ulpiano*, *sacado de la comparacion de las leyes de Moises y de las leyes romanas*, título XV (*segun otra division* XVI), de legitima successione. §§ 5, 6, 7, 8 y 9.

Paul. Sent. 3. 6. 17.—*Sentencias de Paulo, lib.* 3, *título* 6, *párrafo* 17.

Frag. de Jur. fisc. § 1.—*Fragmento acerca de los derechos del fisco, atribuido al jurisconsulto Paulo.*

Fragm. de manumissionibus. § 1.—*Fragmento sobre las manumisiones que nos ha sido trasmitido por Dosithéo, lib.* 3, *interpretamentorum.*

Cod. Theod. 8. 12. 8. § 1. const. Honor. et Theodos. — *Código Teodosiano, lib.* 8, *título* 12, *ley* 8, *párrafo* 1. *Constitucion de Honorio y de Teodosio.*

Vatic. J. R. Fragm. § 7. — *Fragmentos de derecho romano descubiertos por M. Maï en la Biblioteca del Vaticano*, *párrafo* 7.

LL. Mosaïc. y Rom., coll. 16. 4. — *Comparacion de las leyes de Moises y de las romanas*, *título* 16, *párrafo* 4.

Dig., ó simplemente D. 38. 7. 2. § 1. f. Ulp.—*Digesto, libro* 38, *título* 7, *ley* 2, *párrafo* 1, *fragmento de Ulpiano.*

Cod., ó simplemente C. 5. 17. 8. § 4. const. Theod. et Valent.—*Código* (*de Justiniano*), *libro* 5, *título* 17, *ley* 8, *párrafo* 4, *constitucion de Teodosio y de Valentiniano.*

Inst. 3. 4. 2.—*Instituta* (*de Justiniano*), *libro* 3, *título* 4, *párrafo* 2.

Teoph. hic.— *Theófilo* (*su paráfrasis de las Institutas*), *bajo este párrafo.*

JUSTINIANO

NACIÓ EN 482, FUÉ EMPERADOR EN 527, MURIÓ EN 565.

Justiniano, llamado el *Grande;* y no considerando más que los acontecimientos de su reinado, dejando á un lado al hombre, este título no debe considerarse como usurpado. Su imperio, como lo dice él mismo en el preámbulo de su Instituta, resplandeció por las armas y por las leyes. Pero le sucedió lo que sucede generalmente á los príncipes en rededor de los cuales brillan las acciones de una época ilustre. Una especie de reaccion hace que algunos se complazcan en rebajar á aquel que se ensalza con las grandezas de todos los demas; á oscurecer el lustre de aquel sobre quien recae la gloria de los demas. Se atribuyen las victorias únicamente á los generales, las instituciones legislativas á los jurisconsultos, las obras maestras de la poesía y de las bellas artes á los poetas y á los artistas; se despoja al jefe de la toga imperial, y se busca al hombre bajo la púrpura, se le pone al desnudo y se complacen á mostrar débil, disforme, pequeño, á aquel que su siglo y la historia han llamado *Grande.*

Esta reaccion, respecto de Justiniano, no ha esperado á la posteridad para hacerse sentir. El mismo historiógrafo de sus guerras, el narrador de sus construcciones y de sus edificios, aquel que llevaba en la comitiva de sus generales, como para recoger los hechos; aquel á quien habia mandado dar todos los planes y diseños de su arquitectura, Procopio, despues de haber publicado los ocho primeros libros de su historia, en cierto modo oficiales, reservó el

noveno, llamado el *Libro de las anécdotas*, ó la *Historia secreta*, para descubrir, en estilo de libelo, los vicios y los crímenes del emperador y de la emperatriz, «á fin, dice, que los que ejerzan despues el poder supremo se persuadan con estos ejemplos de toda la execracion que deben merecerle tales atentados»; y el testimonio de Procopio no queda aislado, pues vienen á reunírsele el de los historiadores contemporáneos ó inmediatos á aquella época, como Evagrio, Agatias y Juan Zonaras.

Dicen comúnmente que Justiniano pasó desde una cabaña de Italia al trono de Constantinopla, pero este tránsito no fué tan repentino. Nacido en Taurisium, siendo su padre *Sabatio*, y su madre *Vicleniza*, el jóven *Uprauda*, porque éste era el nombre que se le daba en lengua slava, fué educado en Bederina, patria de Justino, su tio materno. Estas dos ciudades se hallaban situadas en los confines de Tracia é Iliria, por lo que unos le llamaban Tracio y otros Ilirio. Adoptado en cierto modo por su tio Justino, que desde soldado habia sido sucesivamente tribuno militar, prefecto del pretorio, y por último, emperador, siguió su fortuna y tomó de él el nombre de Justiniano, con la terminacion que se usaba en la denominacion de los adoptados. Pasó algun tiempo en Italia, al lado de Teodorico, á quien Justino le dió en rehenes, siendo prefecto del ejército romano; pero inmediatamente despues que este último fué elevado al imperio, volvió á Constantinopla, donde sucesivamente revestido del magisterio, del consulado, del patriciado, del comiciado y de la nobleza, se vió, en fin, elevado á la esperanza de suceder en la corona imperial. En efecto, creado César y asociado al imperio, en las calendas de Abril de 527, en virtud de adhesion forzada del senado, segun Procopio, ó á propuesta de aquel cuerpo, segun otros historiadores, la muerte de Justino, acaecida cuatro meses despues, lo dejó por único emperador de Oriente, en las calendas de Agosto de 527, á la edad, segun Zonaras, de 45 años.

Subió con él al trono de Constantinopla Teodora, que habia servido en el Circo y sido ornamento del teatro; que habia habitado el famoso pórtico de prostitucion, el *Embolum*, donde ella misma, en señal de expiacion, hizo edificar posteriormente el templo de San Pantaleon. Para casarse con ella Justiniano obtuvo de Justino, su tio, la abolicion de las antiguas leyes que prohibian las nupcias entre las personas de dignidad senatorial y las comediantas.

La nueva constitucion de Justino estaba concebida en términos generales, en un sistema de igualdad más liberal entre los ciudadanos, con objeto de abrir un camino al arrepentimiento, y para aplicar los principios de la religion cristiana, que tienen el perdon siempre preparado para los que se arrepienten (1). Justiniano mismo confirmó posteriormente y en diversas ocasiones esta constitucion (2). Procopio llama á esto una cosa detestable. « Ninguno de los senadores, dice, trató de oponerse á ello; y los que poco ántes habian sido espectadores de Teodora en el teatro, se prosternaban ahora ante ella como esclavos.» Para apreciar bien los actos del reinado de Justiniano, es preciso hacerse cargo del estado del imperio y de la sociedad en el momento en que subió al trono.

Los bárbaros dominaban en el Mediodía. África y España se hallaban en poder de los vándalos y godos; las Galias, entre los francos, borgoñones y visogodos; Italia, en el de los ostrogodos, y las demas partes de Occidente en el de otras bandas de bárbaros. El imperio de Constantinopla subsistia sólo, conservando todavía el epíteto de Romano, que debió perder con Roma para tomar el de Griego. En sus límites asiáticos se hallaban, entre otros enemigos, los persas, que aprovechándose, para reparar sus desgracias, de la ruina de un imperio y de las turbulencias de otro, habian llegado á hacerse temibles.

De las costumbres originarias de Roma sólo quedaban en Oriente algunas palabras, algunos recuerdos y muchos vicios: el griego era la lengua extendida generalmente; el latin casi se hallaba olvidado en el uso vulgar. Las disputas religiosas y del circo agitaban todos los ánimos. Las nuevas opiniones religiosas, propuestas por unos y combatidas por otros, hacian que todo el imperio resonase con el clamor de las discusiones teológicas, y dividian á los cristianos en muchas sectas; los ortodoxos, los herejes, entiquianos, adrianos y otros, todos reunidos para hacer la guerra á los judíos é idólatras. Los colores que en el circo tomaban los caballeros que se disputaban el premio, dividian la ciudad en cuatro facciones: los blancos, los rojos, los azules y los verdes. Estos dos últimos principalmente exaltaban los ánimos con sus rivalidades en tiempo de Justiniano. Esta division, que debió su orígen á una causa

---

(1) Cod. 5. 4. *De nuptiis*, const. 23.
(2) Nov. 89, cap. 15. Nov. 117, cap. 6.

frívola, llegó á ser sucesivamente una division política ardiente y envenenada.

Justiniano sufrió el influjo de este estado de la sociedad. Sus leyes y persecuciones contra todos los que no eran cristianos ortodoxos; la matanza que decretó de todos los judíos samaritanos que se habian sublevado en Palestina; el ardor con que abrazó al partido de los azules contra los verdes; los resultados funestos que produjo más de una vez esta preferencia, y por último, la terrible sedicion de los verdes, de que estuvo en peligro de ser víctima, fueron consecuencias deplorables de tan funesto influjo. La sedicion que acabamos de mencionar ocurrió en 532, y se complicó con otras consecuencias de diversas causas: principió por la exasperacion de los verdes; se le agregó el descontento del pueblo por las exacciones de Juan, prefecto del pretorio, y de Triboniano, á la sazon cuestor; al fin se resumió en la tentativa de volver á colocar en el trono á la familia de Anastasio, el penúltimo de los emperadores. Toda Constantinopla parecia sublevada; los senadores unidos al pueblo; Justiniano sitiado en su palacio, y el nuevo emperador Hipatio, sobrino de Anastasio, proclamado en el circo, cuando Belisario, que acababa de llegar de Persia con sus soldados, y Mundo, gobernador de Iliria, con un cuerpo de hérulos, penetraron en el recinto que inundaba el pueblo. Más de treinta mil personas, segun testimonio de los historiadores, perecieron en esta jornada, y dos sobrinos de Anastasio, Hipatio y Pompeyo, fueron por órden de Justiniano decapitados y sus cuerpos arrojados al Bósforo.

Las guerras, las construcciones arquitectónicas y las leyes forman las tres grandes categorías de los actos de Justiniano; los trabajos que en estos tres puntos ordenó suponian igual esfuerzo y no se embarazaban unos á otros.

Con Belisario, el primero de los generales de Justiniano, volvieron á aparecer soldados, la disciplina, el valor, la osadía y los triunfos. Aun no se habia promulgado la Instituta y el Digesto, cuando el reino de los Vándalos se habia arruinado en África, y este país, unido de nuevo al imperio como prefectura, se dividia en diócesis y provincias, y recibia en 533 un prefecto, rectores y presidentes.

Mas Justiniano que en el encabezamiento de sus leyes se habia hasta entónces contentado con los epítetos vulgares de *pius*, *felix*,

semper augustus, al publicar su Instituta recargó su nombre con los títulos ó sobrenombres de *Alemanicus*, *Gothicus*, *Francicus*, *Germanicus*, *Alanicus*, *Vandalicus*, *Africanus*, y otros muchos aún, de los que la mayor parte no le correspondian.

A África sucedió en breve Sicilia, á Sicilia Italia, hasta que en fin los godos abandonaron á Roma, cuyas llaves fueron enviadas á Constantinopla como una prueba de sumision. Ocupadas alternativamente por los bárbaros y por los ejércitos de Justiniano las ciudades de Italia, no se hallaban aún definitivamente reconquistadas.

El eunuco Narses, que sustituyó á Belisario, no era indigno de este honor. Terminó gloriosamente la obra de su antecesor, y entregando toda Italia al imperio de Oriente, recibió con el título de Exarca el mando de estos países, y se estableció en Rábena, que eligió para capital de su exarcado. En cuanto al viejo Belisario, habia caido en desgracia, acusado de conspiracion, y habia sido despojado de sus honores y dignidades; pero reintegrado, aunque demasiado tarde, murió á poco, y la poesía y la pintura se apoderaron de sus desgracias, exornándolas con todas las maravillas de sus ficciones, presentándole con los ojos quemados por el fuego y cerrados para siempre á la luz, pidiendo á los transeuntes, con su casco en la mano, y conducido por un niño, un óbolo de limosna para Belisario. De este modo la tradicion poética ha imputado á Justiniano un crímen que no habia cometido.

Sus guerras contra los persas fueron ménos felices en sus resultados que las de África é Italia. Compró muchas veces la paz á Chozroes, el que, despues de librado el dinero, renovaba inmediatamente sus ataques; y acabó por hacer al imperio anualmente tributario de los persas en una suma de 500 libras de oro. Semejantes tributos fueron concedidos á los hunos, á los ábaros, á los sarracenos y otros bárbaros, para obtener la paz ó sus servicios militares. No es Procopio el único que lo acusa por estos tributos como cosa ignominiosa y funesta para el imperio; Juan de Epifanio, Menander y otros muchos historiadores le hacen el mismo cargo.

En cuanto á los trabajos de arquitectura de Justiniano, han suministrado á Procopio asunto para una obra especial (*de ædificiis*). No habia, segun dicen, casi ninguna ciudad en que no hubiese hecho construir algun magnífico edificio; ninguna provincia, en que

no hubiese edificado ó reparado alguna ciudad, algun fuerte, ó algun castillo. A él se debe la construccion de Santa Sofía, templo cristiano transformado en mezquita por Mahometo II, con que todavía hoy se enorgullece la ciudad del islamismo, y cuya majestuosa bóveda ha servido de modelo á las de Venecia, de Pisa y de San Pedro de Roma. «¡Salomon, te he vencido!», dijo Justiniano cuando se acabó el templo de Santa Sofía; y se dice que en efecto hizo esculpir en él la imagen del gran rey de Jerusalen, triste y abatido al contemplar la basílica, y como si deplorase que su templo habia sido excedido. Pero las magnificencias y prodigalidades arquitectónicas de los príncipes se compran con el dinero y con el sudor de los pueblos. Justiniano agobió al imperio con impuestos, y recurrió á todos los medios del poder imperial, aniquilando al Estado, á las provincias, á las ciudades y á los particulares, «y las masas de oro y de plata acumuladas de todas maneras, dicen los historiadores, las agotaba diariamente, ya en tributos para los bárbaros, ya en edificios.»

Las obras legislativas de Justiniano han contribuido, más que sus guerras y sus edificios, á inmortalizar su nombre. Desde que en tiempo de Alejandro Severo se interrumpió la serie de los hombres ilustres que con sus obras habian introducido la luz y el raciocinio en la jurisprudencia, no volvió á aparecer ningun gran jurisconsulto. El estudio de las leyes no habia quedado enteramente abandonado, pero no habia producido más que hombres comunes, que limitándose á seguir los escritos que habian dejado los *prudentes* y las constituciones promulgadas por los emperadores, dirigian los negocios ante el magistrado (*advocati*, *togati*) ó daban lecciones de derecho (*antecesores*) en las escuelas públicas, entre las cuales sobresalian las de Constantinopla y Verita. No eran en cierto modo, para usar la expresion de un poeta, sino la sombra y los espectros de los jurisconsultos antiguos. Por lo demas, los plebiscitos de la antigua Roma, los senado-consultos, los edictos de los pretores, los muchos libros de los prudentes, los códigos de Gregorio, Hermógenes y Teodosio, las constituciones de todos los emperadores que se sucedieron, todo esto acumulado, cónfundido y lleno de contradicciones, formaba un verdadero cáos legislativo. Este cáos se propuso iluminar la legislacion de Justiniano. Entre todos los jurisconsultos de que se valió para esta obra se distingue principalmente Triboniano ó Tribuniano, que dirigió casi todos los

trabajos. Así publicó sucesivamente Justiniano el *Código*, las *cincuenta Decisiones*, el *Digesto ó Pandectas*, la *Instituta*, la nueva edicion del *Código*, y en fin, las diferentes *novelas*, cuya reunion forma lo que se llama el *cuerpo de derecho* de Justiniano. Organizó tambien la enseñanza del derecho y la institucion de las escuelas.

El emperador no sobrevivió largo tiempo á Belisario: murió en 565, á la edad de cerca de 84 años, habiendo reinado 39.

Hubo un tiempo, cuando era general y se hallaba floreciente el estudio de las leyes en Europa, en que dominaba la manía de vituperar ó defender la memoria de este emperador, y en que los historiadores y jurisconsultos se hallaban divididos en dos sectas, los *justinianistas* y los *anti-justinianistas*. Montesquieu no se libró de este contagio. « La mala conducta de Justiniano, dice, sus profusiones, rapiñas y vejaciones, su manía de edificar, de variar y reformar; su inconstancia en los proyectos, su reinado duro y débil, que llegó á ser molesto por su prolongada vejez, fueron desgracias efectivas, mezcladas con hechos inútiles y con una gloria vana.» Casi viene á ser éste un resúmen lacónico de las acusaciones de Procopio, Evagrio (1), Agathias y Juan Zonaras.

Crédulo en las lisonjas, decia, por medio de Triboniano, segun testimonio de un autor contemporáneo, Hesychio Milesio, que vivo sería arrebatado al cielo. Mas en el lenguaje oriental é hiperbólico de muchas de sus constituciones vemos á sus súbditos autorizados *á invocar su eternidad*, á su boca como una *boca divina*, y á sus leyes como *oráculos divinos* y soplos de la Divinidad (2), huellas sin duda de la adulacion de Triboniano. Ávido de inmortalidad, imponia su nombre á todo, hasta á la soberbia columna de Teodosio el Grande, de la que hizo arrancar la estatua de plata para colocar la suya. En toda la superficie del imperio se cuentan diez y nueve ciudades que recibieron su nombre: la fortaleza de Mysia, el puerto de Bizancio, el palacio imperial, la diadema, la letra J, sus libros de derecho, los estudiantes de las escuelas, más de doce magistraturas, algunos cuerpos de la milicia; todo esto se llamaba *Justinianeo*.

La misma prodigalidad se observa respecto de Teodora; y sin

(1) EVAGRIO, lib. 4, cap. 29 y 31.
(2) Cod. 11. 9. 2.—1. 17. 1. § 6.



duda en esta parte el servilismo de los cortesanos asiáticos lisonjeaba el orgullo del emperador y de la emperatriz. «Cuando Justiniano tuvo el imperio, dice Juan Zonaras, no hubo un poder solo, sino dos, porque su mujer mandaba no ménos, sino más que él.» En más de una ocasion le cedió el cetro, que él debia empuñar, dando leyes á su instancia, y citándola en sus constituciones como un consejo que lo auxiliaba en el gobierno: los títulos, los triunfos, las inscripciones en los monumentos públicos, y hasta el juramento de los empleados, eran comunes tanto á una como á otro.

Justiniano se preciaba de estar versado en el estudio de la filosofía, de la teología, de las artes y de las leyes: decidia las controversias teológicas, trazaba el plano de sus monumentos y revisaba sus leyes. El proyecto que concibió él mismo de reformarlas y conducirlas á códigos, aunque tomado de ensayos anteriores, basta para hacer honor á su inteligencia legislativa. Tuvo el mérito de perseverar en su propósito, y de llevar á cabo esta gran obra.

Los jurisconsultos, y principalmente los de la escuela histórica, lo han acusado amargamente, porque en su cuerpo de derecho, mutilando sin respeto á los antiguos autores, desfiguró sus opiniones y las de los emperadores. ¿Hacía esto como historiador ó como legislador? ¿Debia ofrecer á sus súbditos un cuadro de la ciencia del derecho antiguo, ó debia darles leyes? Es menester no juzgar de las cosas con relacion á nosotros, en quienes no soñaba Justiniano, sino con relacion á los habitantes de Constantinopla y del imperio. Por otra parte, para ser justos no debemos acusar al cuerpo del derecho de Justiniano, sino á la barbarie, de la pérdida de los manuscritos de los antiguos monumentos del derecho.

La mayor parte de las alteraciones legislativas que introdujo Justiniano son muy buenas con relacion á la época: no se trataba ya de Roma, de las instituciones aristocráticamente republicanas, del derecho estricto y rigoroso: separando á un lado lo que para Oriente sólo era entónces sutilezas inútiles, creó muchos sistemas más naturales, y por lo mismo más sencillos y conformes á las reglas de equidad. No dejó más que algunas huellas de lo que se llamaba el derecho estricto; y en una novela acabó por borrarlas enteramente, destruyendo lo que habia en otro tiempo de más característico en este derecho, como la composicion civil de las fami-

lias y los derechos correspondientes á esta composicion. Refirió esta parte esencial del derecho civil á la observacion del parentesco natural y de los vínculos de la sangre. Su legislacion sobre esclavos y emancipados fué igualmente dulce y cristiana.

Importa observar una cosa, y es que el cuerpo de derecho de Justiniano no fué recogido, compulsado y arreglado por los bárbaros en sus establecimientos europeos, sino los escritos de los antiguos jurisconsultos romanos, y las constituciones del código Teodosiano, de donde se sacaron la ley romana de los visogodos y la ley romana de los borgoñones. Sólo estudiamos en nuestras escuelas las leyes de Justiniano. Y sin embargo, no son aquellas leyes las que se descubren en los primeros tiempos de la formacion de nuestra monarquía. Pero en la Edad Media, cuando el estudio del derecho romano se propagó en Europa, se aplicó aquél al cuerpo del derecho de Justiniano, y seguramente que la legislacion de este emperador, más natural y humana, ejerció entónces sobre la civilizacion europea un influjo que no habia podido tener el derecho sutil y opuesto á la naturaleza que le habia precedido.

Con todo, las ideas de innovacion de Justiniano fueron llevadas demasiado léjos. El código que modificaba al Digesto, y la Instituta, las novelas que modificaban al código, y recíprocamente se destruian, introdujeron en la legislacion una fluctuacion siempre funesta, que ha servido de fundamento á la acusacion dirigida por Justiniano, de haber tenido parte en el tráfico infame de Triboniano, vendiendo á peso de oro los juicios y áun las leyes.

En suma, Justiniano ha sido un emperador guerrero, arquitecto y legislador : de sus guerras nada ha quedado; de su arquitectura, sólo algunos monumentos; pero sus leyes han regido al mundo, y forman todavía la basa de las legislaciones europeas.

¡En último término, la guerra; más adelante, las artes; y en el primero las Instituciones!

INSTITUTAS.

Institutas : tal es la traduccion que se hace comunmente á la palabra latina instituciones, que los jurisconsultos romanos daban

con mucha frecuencia por título á sus tratados elementales de derecho. Ferriere ha disertado largamente en su historia del derecho (capítulo 23) sobre esta materia (1).

Hay pocas personas que por Institutas ó Instituciones entiendan otra cosa que la obra promulgada por el emperador Justiniano; sin embargo, debe generalizarse el sentido. La denominacion de Instituta formaba un título consagrado en jurisprudencia romana para indicar los tratados en que se explicaban de un modo fácil y metódico los principios y los elementos del derecho; esta clase de obras se encuentra en el buen siglo de la ciencia, que empieza con Adriano y acaba con Alejandro Severo. Los más ilustres jurisconsultos no desdeñaron de escribirlos y de iniciar en los primeros conocimientos de las leyes á los que se dedicaban á su estudio. Las Instituciones de Justiniano no fueron más que una imitacion, y las más veces una copia de las que las habian precedido. Las Instituciones, cuya existencia ha llegado á nuestra noticia, corresponden todas al período de 70 años, que separa el reinado de Antonio Pío del de Alejandro Severo, y son las siguientes:

Instituciones de Gayo, compuestas de cuatro libros con la denominacion de comentarios;

Instituciones de Florentino, en doce libros;

Instituciones de Calistrato, en tres libros;

Instituciones de Paulo é *Instituciones de Ulpiano*, cada una en dos libros;

Y en fin, las *Instituciones de Marciano*, que comprendian diez y seis libros.

Éstas son las Instituciones romanas que han tenido orígen en Italia, en las orillas del Tíber, en la ciudad romana. Las Instituciones de Justiniano, que aparecieron trescientos años despues, son verdaderamente Instituciones bizantinas, nacidas en el suelo asiático, á orillas del Bósforo, en el palacio imperial de Constanti-

(1) Hemos omitido algunas líneas, como inoportunas para nosotros, en que el autor hace várias reflexiones sobre la traduccion más propia que en frances debe hacerse de la palabra latina *institutiones*, pues se usan casi indistintamente *instituts* é *institutes*. La segunda denominacion se hallaba recibida en el Norte de Francia, donde todavía se conserva; y la primera se ha usado, y se usa todavía, en los países donde reinaba la ley romana. Entre nosotros se usan indistintamente *Institutas* é *Instituciones*, y áun el singular *Instituta*, para expresar alguna en particular. La palabra *Institutas* podrá haber sido tomada del frances ó del latin corrompido de la Edad Media; la palabra *Instituciones* procede inmediatamente del latin, y por eso es de mejor ley para ser admitida entre nosotros, mucho más en el lenguaje científico. Pero no podemos dejar de observar, aunque dando la preferencia á esta última, que ambas denominaciones se han hecho vulgares en las escuelas. (N. del T.)

nopla. El observador ilustrado no dejará de advertir la diferencia de orígen, de pueblo y de civilizacion. De todas estas Instituciones, sólo las primeras y las últimas, es decir, las de Gayo y las de Justiniano, han llegado á nosotros ; en cierto modo forman el principio y la extremidad inferior de la escala. Su comparacion nos permite apreciar la transicion que de un intervalo á otro se verificó en las costumbres é instituciones.

En cuanto á las demas, sólo las conocemos por fragmentos que se encuentran en diversos pasajes del Digesto de Justiniano.

Las Instituciones de Gayo habian sufrido la suerte comun ; y este jurisconsulto, cuyas obras sólo conociamos por su título y por algunas citas, se hallaba confundido en la multitud ilustre de los *prudentes,* sus contemporáneos, hasta que una feliz casualidad descubrió su obra, y despues de diez siglos de tinieblas, de repente las hizo aparecer á la luz pública.

Los bárbaros que se habian establecido en el Mediodía de las Galias, los visogodos, habian inserto en su coleccion oficial de leyes romanas, á la que se ha dado el nombre de *Breviario de Alarico,* algunos fragmentos, y más comunmente un análisis mutilado de sus Instituciones. Los jurisconsultos de la escuela de Cujacio, y principalmente su ilustre discípulo Pithú, sacaron estos fragmentos y estos análisis, y los reunieron y publicaron en un volúmen; esto era todo lo que poseiamos con el nombre de *Epítome de las instituciones de Gayo.*

Sin embargo, las verdaderas Instituciones habian sobrevivido; la Edad Media las habia poseido en multitud de manuscritos. Uno de estos manuscritos se hallaba en Italia. Un fraile, en tiempo de la barbarie europea, lava y raspa un pergamino, sobre el que escribe una obra sagrada, las *Epístolas de San Jerónimo;* este volúmen ocupa un lugar en la Biblioteca del convento, y muchos siglos despues, en 1816, el cabildo de Verona lo poseia.

Allí lo reconocieron dos ilustres alemanes, Niebohur y Savigni. Despues de reiteradas tentativas se consiguió poder descifrar el antiguo manuscrito y presentar al mundo sabio, casi en su integridad, las verdaderas Instituciones de Gayo. «Este descubrimiento, ha dicho con razon M. Hugo en la *Historia del derecho romano* que dió á la Alemania, ha colocado la ciencia histórica del derecho romano en una situacion en que no se ha visto todavía ningun ramo análogo de los conocimientos humanos, cual es la de tener á

su disposicion una de las mejores fuentes, que de improviso ha aparecido, y en la que no habia podido beber ninguno de los autores que han escrito hasta nuestros dias.»

Las Instituciones de Gayo se refieren á los tiempos de Antonino Pío y de Marco Aurelio, en que vivió su autor : este punto es incuestionable. El derecho de aquella época se encuentra en ellas expuesto sin la menor alteracion y en toda su pureza, tal como se hallaba entónces, y las revelaciones que comprende no se aplican sólo al derecho, sino que se extienden á las costumbres, á las instituciones, y en una palabra, á la sociedad de aquellos tiempos bajo casi todas sus faces interiores y exteriores.

En cuanto á las Instituciones de Justiniano (que tomaron en el bajo imperio la denominacion más reciente de *Instituta* en vez de Instituciones, y áun simplemente *elementa*) corresponden á una sociedad absolutamente diversa. El emperador habia ya promulgado el código de las constituciones imperiales ; habia hecho que se diese principio al trabajo de las Pandectas ó Digesto, que adelantaban rápidamente, cuando dispuso la formacion de sus Instituciones, que fueron sacadas, como él mismo dice, de todas las antiguas, y sobre todo, de las de Gayo. En efecto , hoy que podemos compararlas entre sí, vemos que las Instituciones de Justiniano fueron en cierto modo calcadas sobre las de Gayo ; la distribucion de materias es una misma, y una infinidad de pasajes son idénticos en ambas.

Redactadas bajo un mismo plan, están divididas en cuatro libros, como las de Gayo en cuatro comentarios; pero el emperador ve otro motivo para dividirlas así; habia, segun sus propias expresiones, dividido el Digesto en siete partes, «en consideracion á la naturaleza y armonía de los números»; divide, pues, las Institutas en cuatro libros, para que se encuentren *los cuatro elementos*..... de la ciencia. Se ve el arte cabalístico en un caso, y en el otro un juego de palabras.

Las Instituciones, cuya redaccion se habia terminado inmediatamente, fueron confirmadas por el emperador el 22 de Noviembre de 533, asegurando él mismo haberlas visto y releido. La confirmacion del Digesto se verificó un mes despues, el 16 de Diciembre; pero estas dos obras recibieron ambas su sancion legal en la misma época (30 de Diciembre de 533).

« Esta obra, ha dicho M. Dupin, hablando de las Instituciones

de Justiniano, ofrece un doble carácter; es un texto de leyes, pues fué promulgado por un legislador, y es al mismo tiempo un libro elemental, porque Justiniano ordenó que se compusiera precisamente para facilitar la enseñanza y estudio del derecho. Era el libro de los maestros que debian enseñarlo, y el de los alumnos que debian aprenderlo. De aquí procedieron todos los esfuerzos de los jurisconsultos, doctores y maestros para exponer su sentido é interpretar todos sus términos.»

Estos esfuerzos principiaron con las mismas Instituciones. Teófilo, profesor de derecho en Constantinopla, y uno de los tres redactores de las Instituciones, publicó de ellas una paráfrasis griega, escrito muy estimable, cuya autenticidad no puede hoy ponerse en duda, y cuyo orígen contemporáneo lo coloca entre los monumentos del derecho (1). Despues el número de los comentarios de las Instituciones se aumentó de tal modo, que formarian la carga de muchos camellos, como decia muy oportunamente Eunapio, hablando de los escritos de los jurisconsultos romanos. Por eso en 1701 se publicó una obra que tenía por título *De la deplorable multitud de los comentarios de las Instituciones.*

Por lo que á mí toca, he venido á añadir algunos nuevos volúmeves á la carga del camello : si se me acusa de inconsecuencia, responderé que por efecto del establecimiento de nuestra legislacion nacional y de los nuevos descubrimientos de textos, me ha parecido que la enseñanza del derecho romano debia experimentar en Francia una completa transformacion. Ya no debemos estudiarle escolástica, sino históricamente. Ha entrado para nosotros en el dominio de la ciencia histórica.

Las Instituciones en general, como obras elementales, que presentan una division más metódica, una exposicion más sencilla, y explicaciones breves y claras sobre la totalidad del derecho, son á propósito para formar la basa de este estudio. Pero estudiar las Instituciones de Justiniano aisladamente y como ley (única cosa que se hacía en los innumerables comentarios anteriores á nuestra época), sería un absurdo y un trabajo inútil y miserable.

Las Instituciones de Justiniano no pueden ya separarse de las de Gayo; en éstas hallamos la *nacionalidad*, la *actualidad* del tiempo

(1) Publicado por Fabrot, con una traduccion latina al lado. Paris, 1638, en 4.º Recomiendo su lectura.

de Marco Aurelio; y en las otras la *nacionalidad* y *actualidad* del tiempo de Justiniano; llenando despues los intervalos que las han precedido ó que las separan con restos de monumentos legislativos que han llegado hasta nosotros, nos es posible reconstituir en sus diversas edades la antigua sociedad romana.

La verdadera inteligencia de la historia de la literatura y de la legislacion de aquel pueblo, que se llamó el pueblo rey, se halla en el fondo de estos estudios. Y para nosotros, jurisconsultos, hay tambien, continuando la sucesion histórica, alguna cosa todavía más importante que descubrir : la generacion de nuestro actual derecho civil.

ARGUMENTO

DE LAS

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

Un preámbulo contiene, en cierto modo, la sancion é indica el carácter y objeto de las Instituciones.

Se dividen éstas en cuatro libros :

El libro I expone algunas nociones generales sobre la justicia y el derecho, y trata de las personas.

El libro II trata de las cosas, medios de adquirir los objetos particulares, herencias testamentarias, legados y fideicomisos.

El libro III trata de las herencias abintestato y otras sucesiones universales, y de las obligaciones que proceden de un delito ó cuasi-contrato.

El IV libro, de las obligaciones que proceden de un contrato ó cuasi-delito, y de las acciones.

Se ve que la distribucion de cada libro corresponde más bien á una distribucion igual que á la naturaleza especial de las materias, y que fuera del primero, estos libros se mezclan unos con otros en cuanto á los puntos que tratan.

Considerándolos en su totalidad, la clasificacion parece que corresponde á la establecida en la jurisprudencia romana, segun la cual todo el derecho se refiere á las *personas*, á las *cosas* y á las *acciones*. Pero como este análisis de los elementos del derecho es

incompleto, queda fuera de este cuadro un cierto número de materias, cuya colocacion no se comprende bien.

La escuela alemana está dividida en dos sistema sobre la clasificacion general del derecho.

El uno se atiene á la division tripartita de *personas*, *cosas* y *acciones*, con algunas alteraciones de un autor á otro, respecto de la distribucion detallada de las materias en cada uno de los miembros de esta division.

En el otro método, que es el predominante, se presenta : lo primero *una parte general* para la exposicion de los principios generales. En segundo lugar, *una parte especial*, que se divide, salvas algunas ligeras diferencias de un autor á otro : 1.°, en derecho relativo á las cosas ó derechos reales; 2.°, en derecho de las obligaciones ó derechos personales; 3.°, en derechos de familia, de donde proceden derechos reales y personales, y 4.°, en derecho de sucesion, que tambien hace adquirir derechos reales y personales.

EXPLICACION HISTORICA

DE LAS

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

PROŒMIUM

INSTITUTIONUM JUSTINIANI.

(IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU-CHRISTI.)

Imperator Cæsar Flavius Justinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, Inclytus, victor ac triumphator, semper Augustus, cupidæ legum juventuti.

PREAMBULO (1)

DE LAS

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

(EN EL NOMBRE DE N. S. J. C.)

El emperador César Flavio Justiniano, Alemánico, Gótico, Francico, Germánico, Antico, Alánico, Vandálico, Africano, Pío, Feliz, Glorioso, vencedor y triunfador, siempre Augusto, á la juventud que desea estudiar las leyes.

Leyendo las diversas constituciones de Justiniano, que ordenan la redaccion del primer código, su confirmacion y la composicion del Digesto, no se ven en seguida del nombre de este emperador sino los títulos comunes de *Augusto*, ó bien *Pío*, *Feliz*, etc. En la constitucion que tenemos aquí es donde Justiniano por la vez

(1) Me parece imposible traducir la palabra *Procemium* de una manera digna de las leyes, pues no es ni prefacio, ni introduccion, ni prólogo, ni preliminar, ni preámbulo. No se me ocurre ninguna palabra á propósito. Es la parte de las leyes destinada á hacer su elogio y á recomendar su estudio. Ciceron, siguiendo la opinion de Platon, la considera como indispensable, y en su tratado de las leyes no deja de decir : *Ut vir doctissimus fecit Plato..... id mihi credo esse faciendum, ut priusquam ipsam legem recitem, de ejus legis laude dicam;* y entónces empieza estos elogios y estos consejos, al fin de los cuales añade : *Habes legis procemium, sic enim hoc apella Plato.* (Cic., *De leg.*, lib. II.)

primera toma los muchos y enfáticos epítetos de *Africano, Vandálico, Gótico,* etc. Esto debe atribuirse á que Belisario, conduciendo bajo los muros de Cartago los soldados del imperio, y dispersando á los vándalos y sus auxiliares, acababa de destruir su reino en África, y de reducir este país al estado de prefectura imperial, y Justiniano se apresuró á unir á su nombre el de los principales pueblos bárbaros, comprendiendo entre ellos algunas naciones que sus ejércitos no habian aún vencido, ó que nunca vencieron.

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari, et princeps romanus non solum in hostilibus prœliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat; et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

La majestad imperial debe apoyarse sobre las armas y sobre las leyes, para que el Estado sea igualmente bien gobernado durante la guerra y durante la paz; para que el príncipe, rechazando en los combates las agresiones de sus enemigos, y ante la justicia los ataques de los hombres inicuos, pueda mostrarse tan religioso en la observancia del derecho como grande en los triunfos.

I. Quorum utramque viam cum summis vigiliis, summaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros barbaricæ gentes sub juga nostra deductæ cognoscunt; et tam Africa, quam aliæ innumerosæ provinciæ, post tanta temporum spatia, nostris victoriis a cœlesti numine præstitis iterum ditioni romanæ, nostroque additæ imperio, protestantur. Omnes vero populi, legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis, reguntur.

1. Esta doble tarea la hemos llevado á cabo con los mayores trabajos, auxiliados de la Providencia divina. Los bárbaros, á quienes hemos puesto bajo nuestro yugo, conocen nuestras empresas guerreras, que se hallan justificadas, ya en Africa, ya en otras innumerables provincias, á las que nuestras victorias, debidas á la proteccion celeste, y despues de largo tiempo, han sujetado á la dominacion romana y á nuestro imperio. Por leyes que hemos promulgado ó compilado, se rigen todos los pueblos.

No hace alusion este pasaje á la conquista de Sicilia é Italia por Belisario y Narses, porque esta conquista no se verificó hasta mucho despues. El emperador pretende designar las primeras victorias de sus ejércitos contra los persas y algunos pueblos bárbaros, y sobre todo, las últimas derrotas que causó á los vándalos, y la sumision de las provincias africanas (*Historia del derecho*, p. 343).

II. Et cum sacratissimas constitutiones, antea confusas, *in luculentam ereximus consonantiam*, tunc nostram extendimus curam ad immensa prudentiæ veteris volumina, et *opus desperatum*, quasi per medium profundum euntes cœlesti favore jam adimplevimus.

2. Despues de haber *reducido á una perfecta armonía* las constituciones imperiales, hasta ahora tan confusas, hemos dirigido nuestra atencion á los inmensos volúmenes de la antigua jurisprudencia, y caminando, como sumergidos en un abismo de dificultades, hemos terminado, con el favor del cielo, esta obra de tan ímprobo trabajo.

Justiniano hace mencion aquí de las obras que habia hecho redactar sobre la legislacion; el Código, por estas expresiones: *constitutiones in luculentam ereximus consonantiam;* el Digesto, por estas otras: *nostram extendimus curam ad immensa prudentæ veteris volumina.* Á este último trabajo da la calificacion de *opus desperatum.* Ademas, el Digesto estaba concluido en este momento, como lo indica el mismo texto; pero no fué confirmado hasta cerca de un mes despues. Importa conocer á fondo cuáles son las diversas partes que componen el cuerpo del derecho de Justiniano, cuál su objeto y en qué época se publicaron. Ya hemos tratado esta materia (*Historia del derecho*, p. 336 y siguientes).

III. Cumque hoc, Deo propitio, peractum est: *Triboniano*, viro magnifico, magistro et exquæstore sacri palatii nostri, necnon *Theophilo et Doroteo*, viris illustribus, antecessoribus (quorum omnium solertiam, et legum scientiam, et circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus), convocatis; specialiter mandavimus ut nostra auctoritate, nostrisque suasionibus, componant Institutiones, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere; et tam aures quam animi vestri, nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. Et quo priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini, digni

3. Hecho esto, á Dios gracias, hemos convocado el ilustre *Triboniano*, maestro y excuestor de nuestro sacro palacio, á *Teofilo* y á *Dorotèo*, hombres ilustres y antecesores, que todos tres nos han dado ya más de una prueba de su capacidad, de su saber en la ciencia de las leyes, y de su fidelidad á nuestros preceptos, y les hemos especialmente encargado componer con autorizacion nuestra, y nuestros consejos, unas Instituciones, á fin de que, en vez de buscar los primeros elementos del derecho en obras antiguas, podais recibir las que inmediatamente procedan del esplendor imperial, sin que en ellas se encuentre nada inútil, nada fuera de su lugar que ofenda vuestro ánimo y vuestros oidos; y por último, que no podais aprender nada que inmediatamente no se refiera á la doctrina del derecho. Así cuando hasta el dia la lectura de las constituciones imperiales era apénas posible á los primeros de vosotros despues de cuatro años de estudio, por ella

tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat.

principiaréis, siendo dignos del honor y de la felicidad de que oigais las primeras y las últimas lecciones de la ciencia de las leyes por boca del príncipe.

Triboniano, *Teofilo* y *Doroteo* fueron los tres redactores de las Instituciones, y que nos son conocidos por lo que ya hemos dicho (*Historia del derecho*, p. 347). Sabemos que todos los trabajos legislativos de Justiniano, á excepcion del primer código, fueron desempeñados bajo la direccion de Triboniano ó Tribuniano; que Doroteo era profesor de derecho en Berito, y Teofilo en Constantinopla. Este último ha dejado sobre las Instituciones una paráfrasis griega, que nos servirá con frecuencia de guía en nuestras explicaciones.

IV. Igitur, post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collectum est, quos per eumdem virum excelsum Tribunianum, necnon et cæteros viros illustres et facundissimos confecimus, in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.

4. Despues de los cincuenta libros del Digesto ó de las Pandectas, en los cuales se ha recogido todo el derecho antiguo por el mismo ilustre Triboniano, auxiliado de muchos hombres célebres y elocuentes, hemos ordenado que se dividiesen las mismas Institutiones en cuatro libros, que comprendiesen los primeros elementos de la ciencia.

V. In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum, imperiali remedio illuminatum est.

5. En las que brevemente se ha expuesto, ya lo que en otro tiempo existia, ya lo que oscurecido por desuso ha recibido nueva luz por la solicitud imperial.

Es verdad que muchas veces los redactores de las Instituciones han recordado lo que existia en otro tiempo. Muchos títulos van precedidos de un resúmen histórico sobre la materia que comprenden; tales son, por ejemplo, los títulos de testamentos y sucesiones legítimas. Pero hay otros que carecen absolutamente de estos preliminares. Así es que no se da ninguna nocion sobre la historia de las acciones, materia tan singular, tan importante de la antigua legislacion, y que habia experimentado tantas modificaciones.

VI. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, et præcipue *ex commentaris Gaii nostri*, tam Institutionum, quan rerum quotidianarum, aliisque multis comentariis compositas, cum tres viri prudentes præ-

6. Estas Instituciones, sacadas de todas las antiguas, de muchos comentarios, y principalmente de los de *nuestro Gayo*, tanto sobre las Instituciones, cuanto sobre las causas de cada dia, nos han sido presenta-

dicti nobis obtulerunt, et legimus et cognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.

das por los tres jurisconsultos arriba citados; las hemos leido y releido, y les damos toda la fuerza de nuestras constituciones.

Ex comentariis Gaii nostri. Hemos hablado de Gayo, de sus obras, principalmente de sus comentarios, y de su reciente descubrimiento (*Historia del derecho*, p. 267). Las Instituciones de Justiniano se hallan redactadas bajo el mismo plan que las de Gayo, divididas en cuatro libros, como estos últimos lo están en cuatro comentarios; la distribucion de materias es la misma, y una infinidad de pasajes idénticos.

VII. Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite, et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut vos spes pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam rem nostram publicam in partibus ejus vobis credendis gubernari.

7. Trabajad, pues, con ardor en aprender estas leyes, y mostraos de tal modo instruidos, que pueda animaros la esperanza de que podais, al fin de vuestras tareas, gobernar nuestro imperio en las partes que se los confien.

D. CP. XI calend. decemb. D. JUSTINIANO PP. A. III CONS.

Dado en Constantinopla á 11 de las Calendas de Diciembre, bajo el tercer consulado del emperador Justiniano siempre Augusto.

La fecha que aquí tenemos corresponde á la de 22 de Noviembre de 533. Es la época en que las Instituciones fueron confirmadas; el Digesto lo fué un mes despues próximamente, el 16 de Diciembre; y estas dos obras recibieron su sancion legal el 30 de Diciembre de 533.



42

EXPLICACION HISTORICA

DE LAS

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

TITULUS I.	TÍTULO I.
DE JUSTITIA ET JURE.	DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

La palabra *jus*, que inexactamente se traduce por la de *derecho*, tiene diversas acepciones : la primera es propia, y las demas se derivan de ella por medio de figuras de lenguaje.

Jus se deriva de la palabra *jussum*. La significacion originaria de esta palabra es *órden ó regla generalmente prescripta;* es decir, *ley*.

Jus se define tambien en el Digesto (1) en un sentido más filosófico por *ars boni et æqui*, el arte que determina lo que es bueno y equitativo. Mas un arte no es más que una coleccion de reglas : el derecho, *jus*, es, pues, la coleccion de las reglas que determinan lo que es bueno y equitativo; es decir, bajo el punto de vista del derecho positivo, la coleccion de las leyes. Se toma la parte por el todo ; la ley, *jus*, por su coleccion. En este sentido se dice : derecho público, derecho civil, derecho de gentes (*jus publicum*, *civile*, *gentium*) (2).

---

(1) Dig. 1. 1. 1. pr. f. Ulp.

(2) Véase en nuestra *Generalizacion del derecho romano* la explanacion histórica de los diversos conceptos del derecho (*jus*) entre los romanos.

Jus significa á veces las facultades y beneficios concedidos por la ley; defender sus derechos, derecho de sucesion, derecho de pasaje (*jura sua tueri*, *jus hereditatis*, *jus itineris*). Se toma aquí la causa; es decir, la ley, *jus*, por los efectos que produce.

En fin, se dice *jus* á veces por el lugar en que se administra la justicia; llamar en justicia (*in jus vocare*). Se toma aquí *jus*, la ley, por el lugar en que se aplica (1).

De estas diversas acepciones, y de otras muchas que omitimos, es preciso decir que las más comunmente usadas son la segunda, en que *jus* significa una coleccion de reglas, y la tercera, en que significa una facultad y un beneficio producido por la ley.

Justitia est *constans et perpetua voluntas* jus suum cuique tribuendi.

La justicia es la *constante y firme* voluntad de dar siempre á cada uno lo que es suyo.

Constans et perpetua voluntas. La justicia es una virtud, que consiste en la voluntad de observar fielmente las leyes y de dar á cada uno su derecho. Se añade *constans*, porque esta voluntad debe ser firme y no vacilante. Pero ¿cómo se entenderá la palabra *perpetua?* ¿Será preciso que la voluntad sea perpétua? No; porque si un hombre ha tenido durante dos años la firme voluntad de dar á cada uno su derecho, y al cabo de este tiempo ha perdido dicha voluntad, no se dirá por eso que durante dos años no ha tenido justicia. La justicia, como las demas virtudes, es independiente del mayor ó menor tiempo que en ella se persevera. La palabra *perpetua* debe tomarse en el sentido de que la justicia consiste en la voluntad firme de dar *perpétuamente* á cada uno lo que le corresponde. No puede llamarse justo el que tiene intencion de hacer justicia á cada uno durante un mes, y de no hacerla al mes siguiente. Es, pues, un mecanismo de lenguaje bastante comun en el genio de la lengua latina el decir, personificando en cierto modo la voluntad: *Perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, por decir: *Voluntas perpetuo jus suum cuique tribuendi.*

Algunos textos, en vez de *tribuendi*, dicen *tribuens;* entónces se hallaria definida la justicia en accion (*justicia distributiva*); pero el sentido pareceria ménos exacto. No puede decirse *voluntas tribuens;* la voluntad no da, sino que conduce á dar (*voluntas tri-*

(1) Dig. 1. 1. 11. f. Paul.

buendi); por otra parte, puede uno ser completamente justo, y sin saberlo no dar á cada uno lo que le corresponde.

I. *Jurisprudentia* est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.

1. La *Jurisprudencia* es el conocimiento de las cosas divinas y humanas con la ciencia de lo justo y de lo injusto.

Jurisprudentia. La sola descomposicion de esta palabra nos manifiesta su significacion; *juris prudentia*, conocimiento del derecho. La misma etimología corresponde á la palabra jurisprudentes, esto es, que tienen conocimiento del derecho, y por consiguiente, simplemente prudentes, los prudentes, nombre que daban los romanos á los hombres versados en la ciencia de las leyes.

La definicion que se da aquí de la jurisprudencia, y que pertenece á la era filosófica de los jurisconsultos romanos, parece á primera vista bastante ambiciosa, *divinarum atque humanarum rerum notitia*, el conocimiento de las cosas divinas y humanas; pero es preciso no separar esta primera parte de la segunda, *justi atque injusti scientia*, y traducirla así: la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas para saber determinar lo justo y lo injusto. En efecto, los objetos á que se aplica la jurisprudencia son las cosas divinas y humanas; y el fin para que se aplica, determinar lo justo y lo injusto. Es preciso, pues, principiar por conocer estas cosas. Parecerá más exacta esta explicacion, si se gradúa bien el valor de estas palabras, *notitia*, simple conocimiento, y *scientia*, ciencia.

Por *cosas divinas* no se entiende sólo aquellos objetos que se hallan fuera del comercio de los hombres, que los romanos llamaban *res divini juris*, como los edificios consagrados á Dios, los sepulcros, etc. De la misma manera la expresion *cosas humanas* no se aplica sólo á aquellas cosas *humani juris*, destinadas al uso de los hombres, como las casas, las tierras, los animales, etc. La palabra *rerum* debe tomarse en un sentido más lato, porque la jurisprudencia se ocupa respecto de las cosas divinas, no sólo en objetos materiales, como los templos y los sepulcros, sino áun en las ceremonias de la religion, como el nombramiento de los pontífices, sus poderes, etc., y respecto de las cosas humanas, no sólo en casas y tierras, sino áun en los hombres mismos, en su persona, derechos y deberes.

Por lo demas, es esencial conocer bien la relacion que existe

entre estas tres palabras : *jus*, *justitia*, *jurisprudentia*. *Jus*, el derecho ; *justitia*, la voluntad de observar el derecho, y *jurisprudentia*, el conocimiento del derecho.

II. His igitur generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi romani : ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione, singula tradantur : alioquin si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi, multitudine ac varietate rerum oneraverimus ; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore ejus, sæpe etiam cum diffidentia quæ plerumque juvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod, leviore via ductus, sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

III. Juris præcepta sunt hæc : *honestæ vivere*, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

2. Despues de estas definiciones generales, y pasando á la exposicion de las leyes del pueblo romano, juzgamos que vale más explicar desde luégo cada cosa de una manera sencilla y abreviada, sin perjuicio de profundizarlas despues con mayor exactitud y diligencia : porque si desde los primeros pasos abrumamos con una multitud de pormenores diversos el ánimo todavía rudo y tierno de la juventud estudiosa, sucederá una de dos cosas : ó que la obligarémos á abandonar este estudio, ó que llevarémos lentamente, despues de un prolongado trabajo, al mismo punto, al que sin pena ni fatiga, y por un camino más fácil, habria llegado.

3. Los preceptos del derecho son: *Vivir honestamente*, no dañar á nadie, y dar á cada uno lo que es suyo.

Honestæ vivere. El derecho se considera aquí por Ulpiano en un sentido lato y filosófico (Dig. 1. 1. 10. § 1), en concordancia con la definicion que de él ha dado, el arte de lo bueno y de lo equitativo. Por eso comprende en ella esta obligacion general *honestæ vivere*, que parece hacer relacion más á la moral que al derecho positivo.

Sin embargo, considérese el derecho en su acepcion especial y limitada, *jus* (*quod jussum est*), lo que se ha ordenado ; considérense, no ya los preceptos de moral, sino los verdaderos preceptos imperativos (*juris præcepta*), y se hallarán las tres máximas. En efecto : 1.º Sirven las leyes para garantir las buenas costumbres y la pública honestidad ; tales son las que prohiben al hermano casarse con la hermana (1) ; á un hombre tener dos mujeres (*binas uxores*) (2) ; á una viuda pasar á segundas nupcias ántes de cumplido el año de luto (3). Estos preceptos y tantos otros semejan-

(1) Inst. 1. 10. § 2.
(2) C. 5. 5. 2. cons. Diocleс. y Maxim.
(3) Cod. 5. 9. 2. cons. Gracian., Valent. y Teodos.—D. 3. 2.

tes no son sólo preceptos de moral, sino preceptos de derecho. Al que los viola ó infringe se aplica una pena: todos se hallan comprendidos en estas palabras: *honestæ vivere*. 2.° Las leyes prohiben ofender á otro, ya en su persona, ya en sus bienes: si, por ejemplo, he herido yo á mi vecino voluntaria ó involuntariamente; si lo he injuriado; si he muerto su caballo, tendrá derecho de perseguirme para obligarme á pagar el perjuicio que le he causado: éste es el precepto de derecho, *alterum non lædere*. Y 3.°, en fin, las leyes ordenan dar á cada uno lo que le corresponde. Si mi vecino me ha vendido su casa, y yo le debo el precio; si me ha prestado su caballo, y no se lo he devuelto, tendrá derecho para obligarme á cumplir mis obligaciones, ó para recobrar lo suyo; éste es el tercer precepto, *suum cuique tribuere*. Obsérvese bien que para que el derecho sea completo, debe comprender estos tres preceptos: *honestæ vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere;* porque si se limitase á los dos últimos, ¿en qué clase colocaríamos á las leyes, de que hemos citado ejemplos, que se refieren á las buenas costumbres y á la honestidad pública? No podrian comprenderse ni en el precepto de no perjudicar á nadie, ni en el de dar á cada uno lo que le pertenece.

IV. Hujus studii duæ sunt positiones: *publicum*, et *privatum*. Publicum jus est, quod ad statum rei romanæ spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartite es collectum: est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.

4. Este estudio tiene dos puntos: el *derecho público* y el *derecho privado*. Se llama derecho público el que trata del gobierno de los romanos, y privado el que se refiere á la utilidad de los particulares. Tratamos, pues, del derecho privado, que consta de tres partes: de los preceptos del derecho natural, del derecho de gentes y del derecho civil.

Publicum et privatum. Consideradas las naciones como seres colectivos, tienen entre sí relaciones; la guerra, la paz, las alianzas y las embajadas exigen reglas particulares. La coleccion de estas reglas forma un derecho que se denomina derecho de las naciones (*jus gentium*).—Considerado un pueblo como un sér colectivo, tiene relaciones con los individuos que lo componen: la distribucion de los diferentes poderes, el nombramiento de magistrado, la aptitud para los cargos públicos y los impuestos, deben arreglarse por leyes que en su totalidad forman el derecho público (*jus publicum*).—En fin, los particulares en sus relaciones de un indi-

viduo con otro, en los matrimonios, ventas y contratos, necesitan de reglas, cuya coleccion es el derecho privado (*jus privatum*).

Los romanos, que se elevaron saqueando y destruyendo á los demas pueblos, tenian, sin embargo, un derecho de las naciones, formado de algunas reglas generales, para declarar y hacer la guerra, para formar y observar tratados de alianza, y enviar y recibir embajadores. Hemos expuesto en la Historia del derecho las primeras instituciones de esta naturaleza y la creacion del colegio de los Feciales (*Historia del derecho*, p. 40).

Su derecho público progresó en breve: se define el que trata del gobierno de los romanos (*quod ad statum rei romanæ spectat*); es preciso atenerse á esta definicion. La institucion de los comicios y del Senado, la distincion de patricios, caballeros y plebeyos, y la creacion de tribunos, ediles y pretores, corrrespondian á este derecho. Es preciso añadir las ceremonias de la religion, y el nombramiento y poderes de los pontífices, porque el *jus sacrum* es una parte del *jus publicum;* así leemos en el Digesto : *Publicum jus in sacris*, *in sacerdotibus*, *in magistratibus consistit* (1). Pasando de los reyes á los cónsules, y de los cónsules á los emperadores, vió Roma por tres veces cambiarse las bases principales de su derecho público : variadas una vez estas bases, todas las instituciones accesorias experimentaron las modificaciones consiguientes, y lo mismo el espíritu general de la nacion. En tiempo de la república las agitaciones del pueblo, las leyes de los comicios, y los trabajos de los ciudadanos, tenian casi siempre por objeto los derechos públicos. Despues las instituciones republicanas han desaparecido; el antiguo derecho sagrado ha sido sustituido por el derecho eclesiástico; el emperador, jefe supremo del Estado, manda como señor, y tiene bajo sus órdenes á los magistrados : los súbditos obedecen sin pensar que puedan tener derechos sobre el gobierno (*Historia del derecho*, p. 53, 158, 218, 289 y 348).

Miéntras que el derecho público ha perdido así su importancia, el derecho privado, el que se refiere á los intereses de los particulares (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*), ha adquirido una rápida extension, y es el único en que habrémos de ocuparnos en las Instuciones.

---

(1) D. 1. 1. 1. § 2. Frag. Ulp.

TITULUS II.

DE JURE NATURALI GENTIUM ET CIVILI.

TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DEL DERECHO DE GENTES, DEL DERECHO CIVIL.

Si se examinan las leyes colocándose en el más alto punto de observacion, se verá que todos los objetos animados ó inanimados siguen leyes; es decir, reglas generales de accion ó de conducta. Entre estas leyes, las unas son puramente *físicas*, *materiales*, que nunca pueden ser violadas. Así es que los astros en su curso uniforme, los cuerpos en su descenso hácia el centro de la tierra, los animales y áun el hombre en su nacimiento, incremento de sus fuerzas y muerte, obedecen á leyes invariables, á las que es imposible sustraerse y cuyas leyes corresponden á la física, y nó á la jurisprudencia. La segunda clase de leyes sólo es aplicable á los seres animados, y arregla sus acciones, que parecen el resultado de un principio inmaterial. Los animales y los hombres conocen estas leyes, que son poco numerosas respecto de los primeros, y muchas respecto de los segundos; pero se diria que miéntras más se acercan á la materia más inviolables son: así se ve á los animales que muy rara vez se separan de las que les han sido impuestas, y á los hombres violar con frecuencia las suyas. Sea como quiera, examinando esta segunda clase de leyes bajo este punto de vista general, habian los jurisconsultos romanos dividido el derecho privado en *derecho natural* ó comun á *todos los animales; derecho de gentes* ó comun á *todos los hombres*, y *derecho civil* ó comun á *todos los ciudadanos*.

Jus naturale est, quod natura *omnia animalia docuit.* Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cætera quoque animalia istius juris perita censeri.

El derecho natural es aquel que la naturaleza *inspira á todos los animales*. Este derecho no es especial del linaje humano, sino comun á todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí procede la union del varon y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreacion y educacion de los hijos. Vemos, en efecto, á los demas animales que se conforman á los principios de este derecho, como si lo conociesen.

Omnia animalia docuit. Así definido el derecho natural, podria

llamarse *derecho de los seres animados*. Pero ¿pueden tener derecho los animales? Sí, en el sentido que hemos explicado. Cuando se dice que tienen un derecho, no se quiere decir que entiendan ni conozcan sus disposiciones; sólo se quiere decir que hay reglas generales á las cuales obedecen, impelidos por su sola naturaleza. Así es que se defienden cuando son acometidos; los sexos se unen entre sí; sus hijuelos son criados y alimentados por la madre, y áun muchas veces por el padre hasta que ellos pueden por sí solos proporcionarse el alimento. Todas estas reglas son de tal modo necesarias á las necesidades y á la misma esencia de los animales, que son en cierto modo inherentes á ellos, y que las siguen por el hecho solo de vivir. Pero tambien puede decirse que la jurisprudencia, que no debe ocuparse en las leyes físicas y naturales de los cuerpos, no debe tampoco ocuparse mucho en las leyes que siguen los animales, pues sólo se halla destinada á dictar reglas que dirijan á los hombres. Véase por qué en nuestros dias sólo se entiende por derecho natural el que se ocupa en la organizacion natural del hombre. Véase por qué los jurisconsultos romanos, despues de haber mencionado el derecho que pertenece á todos los animales, pues querian presentar un cuadro general, no han vuelto ya á decir nada de él en adelante.

I. Jus autem *civile vel gentium* ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populos ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est civitatis; vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis, ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. *Et populus itaque romanus* partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.

1. El derecho se divide *en civil ó de gentes*. Todos los pueblos regidos por leyes ó costumbres tienen un derecho, que en parte les es propio, y en parte es comun á todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; mas el que una razon natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones. *Los romanos* siguen tambien un derecho en parte aplicable á los solos ciudadanos y en parte á todos los hombres. Cuidarémos de determinarlos en sus respectivos lugares.

Civile vel gentium. El derecho que es propio de los hombres, el único en que realmente debe ocuparse la jurisprudencia, se divide en derecho de gentes y derecho civil. El derecho de gentes es

comun á todos los hombres, cualesquiera que sean; el derecho civil es comun sólo á los ciudadanos. Así se podrá llamar al primero *derecho de los hombres* y al segundo *derecho de los ciudadanos.* ¿Cuál es el orígen fundamental de estos derechos? Las Instituciones nos lo enseñan aquí. El derecho de gentes (*derecho de los hombres*) procede de la naturaleza racional de los hombres y de las relaciones comunes que entre sí tienen (*Naturalis ratio inter omnes homines constituit*). El derecho civil (*derecho de los ciudadanos*) procede de la voluntad del pueblo que lo ha establecido especialmente para sus individuos (*populus sibi constituit*).

Se sigue de estas explicaciones, que es preciso no confundir el derecho de gentes (*derecho de los hombres*) con el derecho de gentes (*derecho de las naciones*), de que hemos hablado más arriba. Es preciso no confundir tampoco la acepcion que los romanos daban al derecho civil (*jus civile*, *derecho de los ciudadanos*) con la que damos nosotros en nuestros dias, en que, ignorando el valor de la palabra ciudadano, tomamos derecho civil por derecho privado, derecho de los particulares.

Populus itaque romanus. Apliquemos á los romanos las ideas generales que acabamos de exponer. Los ciudadanos de Roma, y sobre todo de la naciente república, se separaban absolutamente de los pueblos inmediatos; si tenian relaciones con ellos, sólo era en el campo de batalla. Apénas conocian más que la servidumbre y todas sus reglas que fuesen del derecho de gentes; su derecho privado era todo derecho civil, y ninguna parte se aplicaba á los extranjeros. Pero cuando los habitantes del Lacio, y despues los de Italia, fueron vencidos y unidos á Roma en calidad de *peregrini*, fué preciso concederles algunos derechos. Entónces se creó en Roma el pretor de los extranjeros (*prætor peregrinus*), encargado de administrarles justicia (*Hist. del der.*, p. 170); entónces el derecho de gentes principió á introducirse en el derecho civil; los pretores continuaron cada vez más atemperándose á él; los jurisconsultos hicieron que entrase en muchos de sus escritos, y el derecho privado de los romanos se halló compuesto de preceptos del derecho de gentes y del derecho civil, los primeros aplicables á todos los hombres, y los segundos á los ciudadanos únicamente (*Historia del der.*, p. 224 y 295). Estos preceptos no se hallan separados formando dos divisiones distintas; sino que se confunden, y la ley ó el razonamiento indican únicamente á qué clase

pertenecen. Así la venta, el arrendamiento, la sociedad, los cambios y una gran parte de las convenciones ordinarias son del derecho de gentes; pero la tutela, los contratos *verbis* et *literis* en su primitiva forma, y el poder de dar ó recibir por testamento, son de derecho civil. Por lo demas, es menester guardarse bien de incurrir en un error; cuando se discurre con relacion á un solo pueblo, el carácter de una ley del derecho de gentes, con respecto á este pueblo, no consiste en que sea reconocida por todos los hombres, sino en que á todos sea aplicable. Las leyes de los romanos sobre la venta eran del derecho de gentes, porque podian invocarse en Roma por todos, extranjeros ó ciudadanos; y sin embargo, era posible que los pueblos vecinos no tuviesen las mismas leyes sobre el mismo objeto.

De la misma manera el carácter de las leyes civiles no consiste en que sean adoptadas por un solo pueblo, sino en que sean aplicables á los solos individuos del pueblo. Las leyes sobre las tutelas eran de derecho civil, porque eran aplicables á los solos ciudadanos; sin embargo, podria haberse hecho que un pueblo inmediato las adoptase tambien.

II. Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium; nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus quo romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim Quirites a Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti cum poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos, egregius Homerus; apud nos; Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est; nam, usu exigente, et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ, et servitutes, quæ sut naturali juri contrariæ: jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut *emptio venditio*, locatio conductio, societas, depo-

2. Mas el derecho civil toma su nombre de cada ciudad, como el de los Atenienses, por ejemplo, y sin error se pueden llamar las leyes de Solon ó de Dracon *derecho civil de los Atenienses;* así llamamos *derecho civil de los Romanos* al derecho de que se sirven los romanos, y *derecho civil de los Quirites* al derecho de que se sirven los Quirites: este último nombre lo tomaron los romanos de Quirino. Pero cuando decimos derecho, sin añadir de qué pueblo, designamos nuestro derecho, como cuando se dice *el poeta*, sin decir ningun nombre, entienden los griegos el Gran Homero, nosotros Virgilio. El derecho de gentes es comun á todos los hombres, porque todos se han dado ciertas reglas que exigen el uso y las necesidades de la vida. Se han suscitado guerras, y por consecuencia de ellas la esclavitud y la servidumbre, contrarias al derecho natural, pues que naturalmente en el principio todos los hombres nacian libres. Este derecho de gentes

situm, *mutuum*, et alii innumerabiles contractus.

ha introducido casi todos los contratos, como la *compra* y *venta*, la sociedad, el depósito, el *mutuo* y otros innumerables contratos.

Emptio venditio. La lengua de los romanos es rica, y por lo mismo, para designar los contratos tenian las más veces palabras que indicaban cada especie de obligacion que se formaba. Así la venta se llamaba *emptio venditio.* La primera palabra designaba la accion del comprador, y la segunda la del vendedor. De la misma manera se llamaba el arrendamiento *locatio conductio :* la primera palabra, *locatio*, designaba la accion del propietario que daba en arrendamiento; y la segunda, *conductio*, la accion del que tomaba en arrendamiento.

Mutuum. Es el *préstamo de consumo*, el contrato por el cual se prestan cosas que han de ser consumidas con el uso, como el vino, el trigo y el aceite. El préstamo, que sólo da la facultad de utilizarse de la cosa sin destruirla, con la obligacion de devolverla idénticamente, como, por ejemplo, el préstamo de un caballo, se llamaba *commodatum*, *préstamo de uso.* Necesitamos valernos de perífrasis para expresar estas diferencias.

Resumiendo cuanto hemos dicho acerca del derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil de los romanos, ¿qué definicion debe sacarse de todo respecto de cada uno de estos derechos? 1.° El derecho natural (*derecho de los seres animados*) es aquel que la naturaleza inspira á todos los animales; 2.°, el derecho de gentes (*derecho de los hombres*) es aquella parte del derecho privado que procede de las relaciones y de la razon natural de los hombres, y que es aplicable lo mismo á los extranjeros que á los ciudadanos; y 3.°, el derecho civil (*derecho de los ciudadanos*) es aquella parte del derecho privado que el pueblo ha constituido sólo para sus individuos, y que sólo es aplicable á los ciudadanos.

III. Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut ex scripto, aut non ex scripto; ut apud Græcos τῶν νόμων οἳ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum, autem jus est, lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, prudentum responsa.

3. Nuestro derecho es *escrito ó no escrito*, como entre los griegos *las leyes son escritas ó no escritas.* Pertenecen al derecho escrito : la ley, el plebiscito, el senadoconsulto, las constituciones de los emperadores, los edictos de los magistrados, las respuestas de los prudentes.

Aut scripto aut non ex scripto. La órden que constituye el derecho (*jus*, *jussum*) puede darse expresa ó tácitamente. Expresa-

mente, si la autoridad ligislativa ha manifestado su voluntad, y la ha consignado por escrito, entónces hace ley; tácitamente, si esta voluntad sólo se ha manifestado por un largo uso comunmente adoptado, tambien hace ley. El derecho escrito es, pues, aquel que se halla establecido por la voluntad expresa del legislador: derecho no escrito es aquel que se halla introducido por el uso y por el consentimiento tácito del legislador.

IV. Lex est, quod pupulus romanus senatorio magistratu interrogante (veluti consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante (veluti tribuno) constituebat. Plebs autem a populo eo differt quo species a genere: nam, appellationi populi, universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus. Plebis autem appellatione, sine patriciis et senatoribus, cæteri cives significantur. Sed et plebiscita, *lege Hortensia lata*, non minus valere quam leges cœperunt.

4. Ley es lo que el pueblo romano establecia interrogándole un magistrado senador, como, por ejemplo, un cónsul. Plebiscito es lo que establecia la plebe interrogándola un magistrado plebeyo, es decir, un tribuno. La plebe se diferencia del pueblo lo mismo que la especie del género: por el nombre del pueblo se expresan todos los ciudadanos, y áun los patricios y senadores. Por el nombre de plebe se expresan los demas ciudadanos que no son patricios ni senadores. Mas desde la *ley Hortensia* han tenido los plebiscitos tanta fuerza como las leyes.

En un sentido genérico es la ley un precepto comun (*Lex est commune præceptum* (1); pero en un sentido particular era entre los romanos lo que establecia el pueblo en virtud de proposicion de un magistrado senador, como cónsul, pretor ó dictador.—El plebiscito era lo que establecian los plebeyos en virtud de proposicion de un tribuno; no se conocia otro magistrado que propusiese los plebiscitos, aunque el texto diga *veluti tribuno*. La palabra *plebis-scitum* (*órden de los plebeyos*) designa, en su misma descomposicion, *quod plebs scibit ac ratum esse jussit*. Algunos autores por analogía han formado, para designar la ley, la palabra *populiscitum*, que no era recibida entre los romanos.

Hemos visto, segun la tradicion popular, tener principio en tiempo de Rómulo las Asambleas del pueblo, y los comicios por curias (*comitia curiata*) (*Hist. del der.*, p. 31); en tiempo de Servio Tulio los comicios por centurias (*comitia centuriata*) (*ib.*, p. 46). Tales fueron las primeras fuentes del derecho; pero las disensiones entre patricios y plebeyos produjeron una nueva. Estos últimos,

(1) D. 1. 3. 1. f. Papin.

que se retiraron armados á una colina situada al otro lado del Anio, obtuvieron tribunos, y bajo la presidencia de estos magistrados no tardaron en tener sus asambleas (*concilia*) (año 263, *Hist. del der.*, p. 73). Por casi doscientos años los actos emanados de estos conciliábulos no tuvieron por sí mismos fuerza de ley; era preciso que un decreto del senado los sancionase; pero despues de muchas discusiones, y por consecuencia de una nueva retirada de los plebeyos al Janículo (año 468), una ley de los comicios (*lex Hortensia*) reconoció los plebiscitos como obligatorios (*ib.*, página 146). Despues las leyes y los plebiscitos formaron las dos fuentes del derecho; pero estos últimos eran más frecuentes que las leyes, de tal manera que la mayor parte de los actos expedidos acerca del derecho son plebiscitos. Sobrevivieron á la república y se prolongaron hasta la época de los dos primeros emperadores.

En tiempo de Tiberio se publicaron los últimos que tenemos: *Lex* JUNIA NARBONA, *de latinitate manumissorum*; *Lex* VISELLIA, *de juribus libertinorum* (año de R. 777).

Se daba frecuentemente á las leyes y á los plebiscitos el nombre de los magistrados que las habian propuesto, ó de los cónsules bajo los que se habian promulgado. Se añadia algunas veces el asunto de que trataban, indicándolo, ya por un ablativo, ya por un genitivo, ya por un adjetivo : *Lex* VALERIA HORATIA, *de plebiscitis*, ley propuesta durante el consulado de Valerio y de Horacio, sobre los plebiscitos;—*Lex* HORTENSIA, ley propuesta por el dictador Hortensio;—*Lex* CANULEIA, *de connubio patrum et plebis*, plebiscito propuesto por el tribuno Canuleyo ;— *Lex* JULIA *repetundarum*, plebiscito dado por Julio César, para prohibir la usucapion de las cosas adquiridas por concusion. Un epíteto comun designaba una reunion de leyes ó plebiscitos que trataban del mismo asunto : *Leges cibariæ*, leyes sumptuarias : *Leges agrariæ*, leyes agrarias : *Leges judiciariæ*, leyes judiciales.—Importa observar que los plebiscitos se llaman *lex*, lo mismo que las leyes propiamente dichas; y que los romanos, desde mediados de la república, dejaron de dar á esta distincion una importancia tan grande como se podria creer.

Lege Hortensia lata. Dos leyes sobre el mismo asunto se habian promulgado ántes de ésta; pero desde la ley Hortensia no hubo ya dificultad ninguna. (*Hist. del der.*, p. 146).

V. Senatus-consultum est quod senatus jubet atque constituit. Nam, cum auctus est populus romanus in eum modum ut difficile sit in unum eum convocari legis sanciendæ causa, æquum visum est senatum vice populi consuli.

5. El senado-consulto es lo que el senado ordena y constituye; porque habiéndose aumentado de tal modo el pueblo romano, que era difícil convocarle en una asamblea para la adopcion de las leyes, pareció conveniente consultar al senado en lugar de hacerlo al pueblo.

El senado, desde los primeros tiempos de Roma, habia, como cuerpo directivo, expedido decretos con el nombre de *senado-consultos;* pero estos decretos, relativos á la administracion, no tenian el carácter de leyes. ¿En qué tiempo tomaron este carácter? Teófilo, en su paráfrasis, nos dice que la ley Hortensia, que reconoció el poder legislativo de los plebiscitos, lo reconoció tambien en los senado-consultos (1). Es verdad que es el único que habla de este hecho; Ciceron cuenta ya los senado-consultos entre las fuentes del derecho (2); conocemos algunos de ellos expedidos en los últimos años de la república y en tiempo de Augusto; una vez que llegaron al tiempo de Tiberio, se multiplicaron en breve y acabaron por reemplazar á los plebiscitos, que se suspendieron allí; en efecto, las elecciones de los magistrados se trasladaron entónces desde el pueblo al senado (3); y el pueblo, á decir verdad, dejó de ser convocado. ¿Qué inferirémos de todos estos hechos? Que los senado-consultos habian recibido á veces, áun en tiempo de la república, el poder de leyes, pero raras veces, pues los plebiscitos formaban entónces la fuente principal del derecho; que en tiempo de Tiberio se suspendieron los plebiscitos, arreglando entónces la legislacion sólo los senado-consultos y las constituciones imperiales (*Historia del derecho*, p. 147).

Desde que los senado-consultos fueron colocados entre las leyes, se les dió el nombre de los cónsules ó emperadores que los habian expedido. S. C. CLAUDIANUM, del tiempo de Claudio, condenaba á la esclavitud á la mujer libre que habia tenido relaciones con un esclavo (4); S. C. TREBELLIANUM, del tiempo de los cónsules Neron, Trebelio Máximo y Anneo Séneca (5). Sólo conocemos un senado-consulto que lleva el nombre de la persona que habia dado

(1) Teof. hoc §.
(2) Cicer. Top. 5.
(3) Tacit. *Ann.* I, § 15.
(4) Inst. 3. 12. § 1.
(5) Inst. 2. 23. § 4.

ocasion á él: S. C. MACEDONIANUM, expedido con ocasion de un parricida, y otros dicen de un usurero, llamado *Macedo* (1).

VI. Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum, lege Regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat. Quodcumque igitur imperator *per epistolam constituit*, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat: hæc sunt quæ Constitutiones appellantur. Plane ex his *quædam sunt personales*, quæ nec ad exemplum trahuntur (quoniam non hoc princeps vult). Nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non trasgreditur. Aliæ autem, cum generales sint, omnes procul dubio tenent.

6. La voluntad del príncipe tiene tambien fuerza de ley, porque por la ley Régia, que lo ha constituido en su imperio, el pueblo le cede y traslada á él toda su fuerza y poder. Así, pues, todo lo que el emperador *decide por un rescripto*, juzga por un decreto ú ordena por un edicto, hace ley: éstas son las que se llaman *constituciones imperiales*. Unas son *personales*, y no hacen ejemplo, pues no lo quiere el príncipe. El favor que concede al mérito, el castigo que impone, ó el auxilio extraordinario que dispensa, no deben, en efecto, salir de la persona á quien se dirigen. Otras son generales, y obligan á todos.

A pesar de la opinion vulgar que refiere al tiempo de Adriano el orígen de las constituciones imperiales, hemos probado con ejemplos (2) que principiaron con los emperadores (*Hist. del der.*, página 239). En tiempo de Augusto las fuentes del derecho eran los plebiscitos, los senado-consultos y las constituciones; despues de Tiberio, habiendo cesado enteramente los plebiscitos, continuaron sólo los senado-consultos y las constituciones, y cerca de un siglo despues de Adriano, algun tiempo despues del reinado de Septimo Severo (año 954), cesaron tambien á su vez los senado-consultos, y quedó sólo la voluntad del príncipe.

En cuanto á la ley Régia, hemos probado (*Hist. del der.* p. 241) que se ha querido designar con este nombre la ley que constituia al emperador en su poder, y que nuestras palabras no deben tener otro sentido más que éste: como por una ley el pueblo da el imperio y cede su poder al emperador, éste incontestablemente tiene el derecho de expedir constituciones. Lo que dice Teófilo acerca de este particular sirve tambien de apoyo á nuestro aserto.

Per epistolam constituit. El texto hace aquí alusion á las tres especies de constituciones que hemos distinguido (*Hist. del der.*, página 239): 1.º Los actos que se llamaban mandatos, epístolas, res-

(1) Instit. 4. 7. § 7.—Dig. 14. 6. 1.
(2) Instit. 2. 12. pr.; 2. 23. § 1; 2. 15. § 4.

criptos (*mandata*, *epistolæ*, *rescripta*). Se dirigian por el emperador á diversas personas, como á sus lugartenientes, á los pretores y á los procónsules. Tal es el rescripto de Antonino acerca de los malos tratamientos causados á los esclavos (1); tal es el de Trajano sobre el testamento de los militares (2). Á veces eran escritos dirigidos á simples particulares que imploraban un favor cualquiera. Tales son los rescriptos que permitian á un ciudadano legitimar á su hijo natural (3), ó adrogar un jefe de familia (4).—2.° Los decretos (*decreta*), verdaderos juicios ó fallos que el emperador pronunciaba como juez, sobre las contestaciones que él mismo queria decidir (*cognoscens*). Se encuentra un ejemplo de decreto en el fallo atribuido por las Instituciones á Tiberio, sobre una contienda suscitada entre uno de sus esclavos y un ciudadano (5).—3.° Los edictos (*edicta*) ó leyes generales promulgadas espontáneamente por el emperador.

Una cosa debe observarse, y es, que los edictos se dirigian á arreglar el tiempo futuro, que es uno de los caractéres esenciales de las leyes; los decretos, por el contrario, decidiendo un litigio ya entablado, se referian al tiempo pasado; lo mismo sucedia con los rescriptos dirigidos á magistrados que con ocasion de un litigio se dirigian en consulta al emperador.

Quædam sunt personales. Los edictos son leyes generales, y se aplicaban á todos los súbditos. Los decretos eran sentencias ó fallos, y se podria creer que eran especiales para los litigios á que se aplicaban; pero cuando el emperador queria, formaban ley en todos los casos semejantes. Los rescriptos eran con bastante frecuencia generales, y servian para interpretar ó modificar las leyes; la mayor parte de las constituciones imperiales se publicaban bajo esta forma. Sin embargo, habia una infinidad de rescriptos, que sólo eran particulares; por ejemplo, si el emperador permitia una legitimacion ó una adopcion, si otorgaba un favor que se le habia pedido, si indultaba á un reo, si aplicaba una pena mayor ó menor, si perdonaba á alguno los impuestos, etc.

Es fácil observar que las constituciones abrazaban diferentes

---

(1) Instit. 1. 8. § 2.
(2) Instit. 2. 11. § 1.
(3) Nov. 74, cap. 1 y 2.
(4) Instit. 1. 11. § 1.
(5) Instit. 2. 15. § 4.

poderes de la soberanía, poder legislativo, intrerpretativo, judicial y ejecutivo.

VII. *Prætorum quoque edicta* non modicam juris obtinent auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod quid honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et *ædiles curules* edictum de quibusdam causis, quod et ipsum juris honorarii portio est.

7. Los edictos de los pretores tienen tambien una graude autoridad legislativa. Se les llama derecho honorario, porque del en esta autoridad á los que van revestidos de honores, es decir, á los magistrados. Los *ediles curules* publicaban por su parte, sobre ciertos objetos, un edicto que formaba parte del derecho honorario.

Prætorum quoque edicta. Hemos referido en la Historia del derecho la creacion del primer pretor y la de los ediles curules (*Historia del der.*, p. 133); la distincion de los pretores en *prætor urbanus* y *prætor peregrinus;* el aumento y disminucion del número de estos magistrados, número que llegó hasta 18 en tiempo del emperador Claudio, y que se redujo á tres bajo los príncipes de Constantinopla. Los pretores y los ediles se hallaban comprendidos entre los magistrados que se llamaban *Magistratus populi romani* (*M. P. R.*), para distinguirlos de los magistrados particulares de las ciudades. Hablando de ellos, dice Gayo: «Los magistrados »del pueblo romano tienen el derecho de hacer edictos; pero este »derecho se ejerce principalmente en los edictos de los dos preto»res, el pretor urbano y el pretor peregrino, cuya jurisdiccion »pertenece en las provincias á los presidentes; y en el edicto de »los ediles curules, cuya jurisdiccion se ejerce por medio de los »qüestores en las provincias del pueblo, porque para las provin»cias de César, como no se envian á ellas qüestores, este último »edicto tampoco se publica en ellas.» — (*Gayo*, coment. 1, § 6.)

¿Cómo esta facultad que tenian los magistrados ha tenido orígen é incremento? Este cuadro ya lo hemos trazado (*Hist. del derecho*, pág. 204); bástanos recordar que por medio de sus edictos sucesivos (*leges annuæ*) introdujeron principios absolutamente nuevos, que se acercaban á la equidad y á las leyes naturales, y que de esta manera, al lado del derecho civil compuesto de leyes emanadas del legislador, del uso y de las decisiones de los jurisconsultos, se elevó el derecho pretoriano, destinado á auxiliar, á completar y á corregir el derecho civil (*adjuvandi, vel supplendi,*

vel corrigendi juris civilis gratia) (1). Esta distincion entre el derecho civil y el derecho pretoriano es en extremo importante, y á cada paso se encuentra en las leyes. Por distinciones, subterfugios y variaciones de palabras conseguian los pretores corregir los principios rudos y agrestes del derecho civil, sin mostrar que los destruian. Bueno será recorrer alguno de los ejemplos que hemos citado (*Hist. del der.*, pág. 224 y siguientes).

Los edictos, que en parte se renovaban todos los años, no tenian el carácter principal de leyes, pero el uso consagraba ciertas de sus disposiciones, los pretores no podian ya derogarlas, se trasmitian éstas de unos edictos en otros, y su reunion componia el verdadero derecho pretoriano, que debia su carácter legal á la costumbre.

Estas leyes habian alcanzado en tiempo de Adriano toda su extension, cuando un jurisconsulto, llamado Salvio Juliano, hizo sobre ellas un trabajo, que el Emperador y el Senado confirmaron, que tomó el nombre de *Edictum domini Hadriani*, *Edictum perpetuum*, y que despues, recibido por todos los pretores, constituyó el derecho pretoriano en verdadero derecho escrito (*Historia del derecho*, pág. 263). Desde este momento los pretores no publicaron ya por sí más que algunas reglas relativas á la forma y relativas al ejercicio de sus atribuciones : éste era todavía el estado de esta institución en el tiempo de Justiniano. El número de pretores en esta época se hallaba reducido á tres.

Teófilo se pregunta, bajo este párrafo, por qué se habia dado á los magistrados del pueblo romano el derecho de publicar edictos y no el de expedir decretos ó rescriptos. Porque siendo expedidos estos últimos, dice, no sólo para el tiempo futuro, sino tambien con ocasion de un negocio pasado, habria podido temerse la parcialidad de los magistrados. Pronunciaban sentencias, es verdad; pero eran propias y acomodadas á la única causa que decidian, y carecian, por consiguiente, del carácter legislativo que frecuentemente tenian los decretos.

VIII. Responsa prudentum sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus constitutum erat ut essent qui jura publice interpreta-

8. Las respuestas de los prudentes son las opiniones y sentencias de los que habian recibido el poder de fijar el derecho. Porque se habia establecido antiguamente que las leyes

(1) D. 1. 1. 7. § 1. fr. Papin.

rentur, *quibus a Cæsare jus respondenti datum est*, qui jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut *judice recedere a responso eorum non liceret*, ut est constitutum.

fuesen públicamente interpretadas por ciertas personas, llamadas jurisconsultos, *que recibian del príncipe el derecho de responder*. Era tal la autoridad de sus opiniones y sentencias unánimes, que, segun las constituciones, *no era permitido al juez separarse de sus respuestas*.

Los patricios eran primero los que únicamente se hallaban iniciados en los misterios del derecho civil, de las acciones y de los fastos; sentados en su *atrium*, rodeados de sus clientes y de los que se acercaban á consultarlos, daban sobre los negocios de derecho sus consejos ó sus respuestas como una especie de oráculos. Hubo uno de ellos llamado G. Scipion Nacica, á quien el Senado dió, á expensas de la república, una casa en la Vía Sacra, para que pudiese con mayor facilidad ser consultado (1). La jurisprudencia era entónces un monopolio de los patricios, que guardaba en secreto esta casta privilegiada. Pero despues de la promulgacion de las Doce Tablas, despues de divulgarse los fastos y las acciones, y sobre todo, despues de la igualdad política, progresivamente conquistada por los plebeyos, se salió de este misterio : una iniciacion patente y franca á todos sucedió á las respuestas oraculares.

A mediados del siglo v de Roma, casi por los años de 460, un plebeyo, llamado *Tiberius Coruncanius*, que habia llegado á la dignidad de gran pontífice, fué el primero que se puso á responder, no sólo á las cuestiones que se sometian á su fallo, sino á explicar públicamente el derecho (2). Otros muchos despues de él imitaron su ejemplo, y de aquí nació esta clase de sabios, llamados *jurisconsulti*, ó simplemente *consulti*, *jurisperiti* ó *periti*, *jurisprudentes* ó *prudentes*. Tal es el orígen de las respuestas de los prudentes : muchas de estas respuestas, repetidas de unos á otros prudentes, y confirmadas por el uso, se incorporaron en la legislacion como derecho no escrito (*Hist. del der.*, pág. 177).—Augusto creó una clase de jurisconsultos privilegiados, de jurisconsultos oficiales, revestidos por el príncipe del derecho de responder bajo su autoridad (3). Son los que se hallan designados con esta expresion : *quibus permissum est jura condere.* Sin embargo, no

(1) Dig. 1. 2. 2. § 37. fr. de Pomponio, que contiene un epítome de la historia del derecho romano.
(2) Ib. § 35.
(3) Dig. 1. 2. 2. § 47.

parece que todavía se hubiese atribuido á las respuestas de estos jurisconsultos privilegiados otra fuerza que la que resultaba del crédito y reputacion de su autor (*Hist. del der.*, pág. 243). — Adriano les confirió una especie de fuerza de ley, estableciendo que el juez se sometiese á ella cuando fuesen unánimes (1) (*ibid.*, pág. 265). En los primeros tiempos del imperio habian principiado á aparecer aquellos grandes hombres de la jurisprudencia romana, *Labeon*, *Capiton*, *Sabino*, *Próculo*, *Juliano* y *Africano*, y sus decisiones, ántes solamente vocales, se hallaban designadas por escrito y se reunian en colecciones ó en tratados diversos. Despues vinieron *Pomponio*, *Scevola*, *Gayo*, *Papiniano*, *Paulo*, *Ulpiano*, nombres eminentes en esta ciencia; el último fué *Modestino*. En éste se interrumpió la serie de estos jurisconsultos, y en doscientos años nadie habia sucedido á su gloria; sus escritos habian quedado solamente, cuando una constitucion de Teodosio, que se llama *Ley sobre las citaciones*, designa nominalmente y de una manera exclusiva alguno de estos antiguos jurisconsultos, dando á sus obras fuerza de ley, ordenando que si estos autores fuesen de dictámenes diferentes, la mayoría obtendrá la preferencia; que en caso de empate, Papiniano prevaldria, y que si Papiniano no daba su voto, el mismo juez decidiria (2). Hemos dado el texto de esta constitucion (*Hist. del der.*, pág. 322). Así las respuestas de los prudentes, autorizadas en virtud de los rescriptos de Adriano, y sobre todo de la constitucion de Teodosio, podian, en los casos determinados por estas constituciones, contarse entre las leyes escritas hasta el momento en que Justiniano las compulsó é incorporó en su *cuerpo de derecho*.

Hace alusion al cambio introducido por Augusto este pasaje de nuestro texto; *Quibus a Cæsare jus respondendi datum est;* este otro á las constituciones de Adriano y de Teodosio: *Judice recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.*—Teófilo, con motivo de estas palabras: *sententiæ* y *opiniones*, señala la diferencia que existe entre estas dos palabras; *sententiæ*, decisiones firmes y no dudosas; *opiniones*, dictámenes ménos seguros y más aventurados.

Por lo demas, es preciso no perder de vista que en tiempo de

(1) Gayo, Com. 1. § 7.
(2) Cod. Teod. *De responsis prudentum.*

Justiniano, de todas las fuentes del derecho que acabamos de examinar, no quedaba ya más que la voluntad del príncipe, que era la única que hacía ley; y si áun se decia que el derecho escrito se componia de leyes, plebiscitos, senado-consultos, constituciones imperiales, edictos de los pretores y respuestas de los prudentes, era porque estos actos publicados en otro tiempo, y conservados ó modificados despues en las obras de Justiniano, formaban reunidos el cuerpo de derecho de este emperador.

IX. Ex non scripto jus venit, *quod usus comprobavit.* Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.

9. El derecho no escrito es aquel *que el uso ha hecho válido.* Porque las costumbres repetidas diariamente y aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, equivalen á leyes.

Quod usus comprobavit. Si el pueblo tiene derecho para darse leyes, declarando su voluntad por escrito, debe tener este mismo derecho cuando declara su voluntad tácitamente por un largo uso. ¿Qué importa, en efecto, que el legislador se exprese por palabras ó por hechos? *Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?* (1). Por lo mismo, un uso establecido por largo tiempo debe hacer ley. Esto es lo que se llama *jus moribus constitutum.* ¿Cuál es el tiempo que debe durar el uso para que adquiera fuerza de ley? No está determinado; pero es preciso que este tiempo sea bastante largo para probar que la cosa no ha ocurrido accidentalmente, sino que ha llegado á formar costumbre.

X. Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur; nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Atheniensium scilicet et Lacedæmoniorum fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea quæ pro legibus servarent, memoriæ mandarent; Athenienses vero, quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

10. Y no se presenta por equivocacion el derecho civil dividido en dos especies, porque parece que su orígen procede de las instituciones de las dos ciudades, Aténas y Lacedemonia. Mas tal era el uso en estas ciudades, que en Lacedemonia se confiaban las leyes á la memoria, y en Aténas se las consignaba por escrito.

Sea lo que quiera de los atenienses y de los lacedemonios, no podrá decirse ciertamente que el derecho de los romanos se divide en derecho escrito y en derecho no escrito, porque los primeros

(1) D. 1. 3. 32. § 1. fr. Julian.

escribiesen sus leyes, miéntras que los segundos las confiaban á la memoria. Esta division proviene de la naturaleza de las cosas, porque es muy natural que los hombres no prevean todo inmediatamente, y no escriban todas las leyes que les son necesarias, supliendo entónces el uso y la costumbre lo que falta al derecho escrito. Por esto en la infancia de un pueblo las leyes escritas son pocas, y muchas las leyes de costumbre: por esto á medida que el pueblo marcha y se engrandece, las leyes escritas se aumentan y las de uso disminuyen. Así el derecho civil de los romanos consistia principalmente, en tiempo de los reyes, en leyes no escritas, que los hábitos, las costumbres y la razon del juez establecian: despues se fijó por las leyes de las Doce Tablas, y llegó á aquella multitud de leyes, plebiscitos, senado-consultos y constituciones que existian en tiempo de Justiniano.

XI. Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta, semper *firma atque inmutabilia permanent.* Ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, *sæpe mutari solent*, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

11. Las leyes naturales, observadas casi en todas las naciones, y establecidas por la Providencia divina, *permanecen siempre firmes é inmutables;* mas las leyes que cada ciudad se ha dado *suelen cambiarse á menudo*, ó por el consentimiento tácito del pueblo, ó por otras leyes posteriores.

Inmutabilia permanent. Las palabras *jura naturalia*, que contiene el texto, no deben aplicarse á los animales solamente, como se ha hecho más arriba, sino que en este lugar es preciso extenderlas á los hombres, designando aquella parte del derecho que procede forzosamente de la naturaleza racional de los hombres y de las relaciones que tienen entre sí. En efecto, son derechos naturales con relacion á todo el género humano, é inmutables, porque nuestra naturaleza no cambia.

Sæpe mutari solent. La autoridad que tiene el derecho de hacer las leyes, tiene el de destruirlas; así la voluntad expresa del legislador ó el uso pueden igualmente derogar las leyes: *Receptum est ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per disuetudinem abrogentur* (1).

XII. Omne autem jus, quo utimur, vel *ad personas pertinet, vel ad*

12. Todo nuestro derecho se refiere, ya *á las personas*, ya *á las co-*

(1) D. 1. 3. 32. § 1. fr. Julian.

res, vel ad actiones.) Et prius de personis videamus; nam parum est jus nosse, si personæ quarum causa constitutum est, ignorentur.

sas, ya *á las acciones*. Tratemos primero de las personas, porque poco se conoce el derecho si no se conocen las personas por cuya causa se halla constituido. /

Ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Tal es la clasificacion de las materias del derecho, que se usaba comunmente en el método de los jurisconsultos romanos, y de que ya hemos hablado en nuestra generalizacion: las personas, las cosas y las acciones. «En cualquier parte que haya personas, dice Teófilo acerca do este párrafo, hay cosas, y desde que hay cosas, es indspensable fijar las acciones.»

Ya hemos dado las nociones generales acerca de las personas, cosas y acciones (*Generalizacion del derecho romano*, títulos 1.°, 2.° y 5.°), y acerca de la conexion que existe entre todas ellas; por lo que sería superfluo volver á tratar de esta materia.

Las acciones, que forman un ramo importante y original de la legislacion romana, no sólo las tratarémos en general cuando expliquemos el último libro de las Instituciones de Justiniano, sino que cuidarémos de indicar rápidamente desde el principio y en cada materia las acciones especiales á que da orígen y que forman su sancion.

TITULUS III.

DE JURE PERSONARUM.

TÍTULO III.

DEL DERECHO EN CUANTO Á LAS PERSONAS.

¿Qué debe entenderse en el lenguaje del derecho por la palabra *personas?*

Tiene dos acepciones. En la primera, que hemos suficientemente explicado en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, designa todo sér considerado como capaz de tener ó deber derechos. En la segunda se aplica á cada personalidad, á cada representacion que el hombre tiene en el derecho: este último punto exige todavía algunas explicaciones.

En las ciencias se consideran los objetos de una manera abstracta y general, salvo el hacer en la práctica la aplicacion de los principios que se han descubierto. En la física, por ejemplo, si me

es permitido hacer esta comparacion, no se examina tal cuerpo determinado más bien que cual otro, sino las propiedades comunes que ofrecen todos los cuerpos de la misma especie; se estudian en estado de sólido, de líquido ó de gas, bajo los cuales se presentan, y se determinan las consecuencias de estos estados. En el derecho se sigue la misma marcha. No se considera tal hombre más bien que otro, sino las cualidades diversas, los estados diversos que los hombres pueden tener, el estado de padre, de hijo, de hombre libre, de esclavo; los derechos, las obligaciones que de ellos proceden, salvo el hacer á cada uno en particular la aplicacion de las consecuencias que se han presentado de un modo abstracto. Estas diversas cualidades, estos diversos estados constituyen lo que se llama personas. La palabra *persona* no designa hombres ó individuos, sino seres abstractos, resultado de las diversas posiciones de los individuos. El mismo hombre puede tener á un tiempo muchas personalidades, la de padre, la de marido, la de tutor, y es preciso entónces aplicarle todas las obligaciones y todos los derechos anejos á cada una de ellas.

En las costumbres y leyes primitivas de los romanos tomaban estas personas un aspecto absolutamente particular. El pueblo reunido formaba una sociedad general fuertemente constituida. En esta sociedad general cada familia formaba una sociedad particular con su jefe y sus leyes; aunque haya desaparecido bajo los emperadores de Constantinopla el carácter de fuerza que animaba á estas sociedades, aunque se hayan relajado los resortes enérgicos que las movian, sin embargo, todavía se conservan algunos restos. Cada cual tiene en la sociedad general una posicion, un estado que le da derechos y le impone obligaciones; cada cual tiene ademas en su familia, en la sociedad particular de que forma parte, diversas posiciones, que dan orígen á otros derechos y á otros deberes. Las instituciones consideran á las personas, primero en la sociedad y despues en la familia.

Bajo el primer aspecto, las distinguen en libres ó esclavas, en ingenuas ó emancipadas.—Añadirémos otra division importante: *ciudadanos* ó *extranjeros* (1).

---

(1) Véase en nuestra *Generalizacion del der. rom.* (tít. 1, n. 4 á 35) una exposicion metódica y más completa de las diversas consideraciones y distinciones que deben hacerse acerca de las personas.

LIBRES Ó ESCLAVOS (*liberi, servi, mancipia*).

Summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

La division principal que resulta del derecho de las personas se reduce á que todos los hombres son libres ó esclavos.

Esta division es comun á los diversos pueblos antiguos, y para que desapareciese fueron precisos los progresos de la civilizacion humana : todavía hoy no lo ha sido enteramente. Los esclavos formaban en Roma una clase envilecida, pero muy útil. Sus señores los empleaban en el cultivo de las tierras, en las faenas domésticas de las casas, y en el comercio como vendedores y mercaderes, en la navegacion como marineros y patrones, y en las artes mecánicas como operarios; porque un ciudadano libre se sonrojaba de ejercer estas últimas profesiones. Aunque los griegos de Constantinopla y de Justiniano no tuviesen idea del orgullo republicano, los esclavos, como sirvientes y como objetos de comercio, no habian perdido su utilidad.

I. Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur.

1. La libertad, de donde viene la denominacion de libres, es la facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, á no ser que la fuerza ó la ley se lo impida.

Dos obstáculos pueden oponerse á la voluntad del hombre libre, la fuerza y la ley; pero hay la diferencia de que la ley es un obstáculo moral que el hombre se impone á sí mismo en su estado social, al cual debe siempre someterse, y que limita realmente su libertad natural; miéntras que la fuerza es un obstáculo físico, que puede llegar á vencer, y contra el cual puede á veces implorar el auxilio de la ley : como si, por ejemplo, queriendo yo entrar en mi casa, se me presenta uno que me lo impide con violencia : recurro á la justicia, y ésta viene á mi socorro, obligada á defenderme contra una fuerza injusta, y me hace reintegrar en el uso de mi propiedad.

II. Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

2. La servidumbre es una institucion del derecho de gentes, que, contra lo que la naturaleza dicta, pone á un hombre en el dominio de otro.

La esclavitud era de derecho de gentes, y no de derecho natural, porque los hombres ni nacen ni se hallan organizados para ser propiedad unos de otros : la esclavitud es contraria á su naturaleza, y los juriconsultos romanos, en la época en que el derecho se ligó completamente con la filosofía, no vacilan en proclamarlo así, como lo vemos en el párrafo de las Instituciones, sacado de un fragmento de Florentino (1). Mas la esclavitud procedia de las costumbres y usos generales de las principales naciones de entónces, y tenía, sobre todo, aquel carácter particular de las instituciones del derecho de gentes, de ser aplicable á todos los hombres; los extranjeros, en efecto, podian ser esclavos en Roma, y los romanos en países extranjeros.—Es preciso conocer bien la fuerza de esta expresion *dominio alieno subjicitur; dominium* significa en derecho no sólo poder, sino tambien propiedad. El esclavo se halla en la propiedad de su señor y se *hace una cosa* respecto de él. Á pesar de esto, verémos que los esclavos podian hacer ciertos actos que la ley les permitia; pero en estos actos representaban á sus señores; y por otra parte, habia siempre entre ellos y los hombres libres la diferencia de que el hombre libre tenía el derecho de hacerlo todo excepto lo que la ley le prohibia; mas el esclavo nada, excepto lo que la ley le permitia.

III. Servi (autem) ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare nec occidere solent : qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiuntur.

3. Los esclavos son llamados *servi*, porque los generales acostumbran á hacer vender los prisioneros, y por eso los conservan en vez de matarlos : se les llama tambien *mancipia*, porque son aprehendidos con la mano entre los enemigos.

Se indica aquí la guerra como el orígen de la esclavitud, y se pretende justificar ésta. Hay derecho, se dice, de matar al enemigo vencido; ¿no se podrá conservarlo para sí, y suspender la muerte que se le podia dar inmediatamente? Este razonamiento claudica por su base. Sin duda la legítima defensa es cosa natural, y puede haber dado orígen al derecho de matar al enemigo en el combate; pero despues de vencido, cesa el ataque, y por consiguiente debe cesar la defensa : si se le mata, se viola toda especie de derecho.

El uso de hacer esclavos á los soldados cautivos existió siempre

(1) Dig., 1. 5. 4. § 1. fr. Florentin.

entre los romanos. Es curioso ver en la historia la progresion ascendente con que se usó de este derecho. Pocos en número los primeros fundadores del Estado, y no conociendo aún las artes del lujo, necesitaban conquistar ciudadanos más bien que esclavos. Así se les ve despues de una victoria destruir la ciudad sometida, llevarse consigo á los habitantes, y darles los derechos de ciudad. Así fué como los pueblos del Lacio, los Sabinos y los habitantes de Alba fueron absorbidos por la naciente Roma, y como esta ciudad llegó en breve á más de cincuenta mil ciudadanos. Despues de este incremento llegó á ser estimable el título de ciudadano. Las necesidades sociales se aumentaron, las artes mecánicas se multiplicaron, y por consiguiente se hizo mayor el deseo de aumentar el número de los esclavos, que eran los únicos que las ejercian: por eso en las guerras contra los moradores más distantes de Italia, los soldados enemigos fueron en parte conducidos como esclavos. Cuando las armas se extendieron fuera, se hizo cada vez más considerable el número de estos esclavos. Los historiadores refieren que Fabio Cunctator envió treinta mil de la sola ciudad de Tarento, y Paulo Emilio ciento cincuenta mil del Epiro. Más singulares ejemplos podrian citarse de los últimos dias de la república, en tiempo de Mario, Syla, Pompeyo, César y Octavio. Despues su número disminuyó con las victorias. En tiempo de Justiniano se sacaron los esclavos de las guerras que por medio de sus generales sostuvo este príncipe contra los persas, los africanos, los vándalos, los godos, y otras naciones de las llamadas bárbaras.

IV. Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur *ex ancillis nostris*: fiunt aut jure gentium, id est, *ex captivitate*; aut *jure civili*, cum liber homo, major viginti annis, ad pretium participandum sese venundari passus est.

4. Los esclavos nacen tales ó lo llegan á ser. Nacen tales de *nuestras esclavas*; lo llegan á ser, ó segun el derecho de gentes, por la *cautividad*, ó segun el *derecho civil*, cuando un hombre libre, mayor de veinte años, se deja vender para tomar parte del precio.

Los esclavos lo son por derecho de gentes, por nacimiento ó por derecho civil.

1.° Por derecho de gentes (*ex captivitate*). La guerra y los usos comunes de los pueblos de aquella época fueron, como acabamos de decir, el orígen de la esclavitud. No sólo el enemigo hecho prisionero por los romanos se hacía esclavo, sino que tambien el romano mismo que caia en poder del enemigo perdia en Roma todos

sus derechos de ciudadano y de hombre libre. Por eso Régulo, conducido por los embajadores cartagineses, se negó á tomar asiento en el Senado, diciendo que ya sólo era un esclavo. Con semejante institucion se ve que cada soldado debia luchar, no sólo por su país, sino por sus bienes, por sus derechos y por su libertad. Si el soldado cautivo, que se hallaba en poder del enemigo, volvia á Roma, era reintegrado en todos sus derechos; y por una condicion resolutoria que se llamaba derecho de *postliminium* (*jus postliminii*), el tiempo de su esclavitud como que se borraba de su vida, siendo restituido á su primitivo estado, como si nunca hubiese dejado de ser libre. Así el cautivo se hallaba tan interesado en romper sus cadenas, como el soldado en defender su libertad.

2.° Por nacimiento (*ex ancillis nostris*). Una vez establecidos los primeros esclavos, el principio de que el hijo que no procede de justas nupcias sigue la condicion de la madre, hizo esclavos á todos los hijos de una esclava. Estos hijos pertenecian al señor de su madre, y se les llamaba, con relacion á este último, *vernæ* (sign. *verna*, esclavo nacido en la casa del señor).

3.° Por el derecho civil, ninguna convencion, ninguna prescripcion podia nunca hacer esclavo á un hombre libre. Un hijo que en su infancia hubiese sido robado á sus padres y vendido como esclavo, aunque hubiese pasado en este estado más de treinta ó cuarenta años, nada importaba, pues la libertad era inalienable é imprescriptible (1). Desde que hubiese reconocido sus derechos, habria podido reclamar su libertad (*ad libertatem proclamare*) (2). Pero en algunos casos la ley civil imponia á un ciudadano como castigo la esclavitud. No hablarémos en este lugar de las várias especies de servidumbre que recaian en otro tiempo sobre el que se hubiese sustraido de ser inscripto en el censo (*Hist. del der.*, página 43) (3), sobre el ladron manifiesto (*id.*, p. 95) (4), sobre el deudor que no podia pagar á su acreedor (*id.*, p. 83 y 105) (5); estas instituciones hacía mucho tiempo que habian desaparecido.— El comercio ilícito de una mujer libre con un esclavo, y la condenacion á los trabajos de las minas (*in metallum*), eran dos causas

---

(1) Conviene recordar la excepcion que hemos señalado con respecto á los colonos (*Hist. del der.*, p. 315).

(2) D. 40. 14.—Cod. 7. 16.

(3) Cic., *Pro Cœcina*, c. 34.

(4) Doce Tablas (Aul. Gel.).

(5) *Ibidem.*

de verdadera esclavitud. Justiniano en las Instituciones suprimió la primera, aboliendo la disposicion del senado-consulto Claudiano, que la habia establecido (1); y conservó la segunda (2), que derogó despues por una novela (3). La ingratitud de un emancipado con su patrono, y el fraude del hombre que se hacía vender para participar del precio, son dos causas que se conservaron. Vamos á explicar la última, de que hablan las Instituciones en este lugar. Parece que algunos desgraciados habian hecho un medio de fraude de la máxima de que la libertad es inalienable. Convenia uno con otro en pasar como esclavo suyo, y dejarse vender como tal; mas cuando el supuesto vendedor habia desaparecido con el precio, el vendido reclamaba su libertad, y corria á reunirse con su cómplice, y á partir con él el producto de su estafa, miéntras que el comprador perdia dinero y esclavo. Para evitar esta maldad, una ley, y tal vez el senado-consulto Claudiano (4), negó al que se hubiese dejado vender el derecho de vindicar su libertad; lo declaró esclavo, no ya como se dice para castigarle por haber despreciado la libertad, sino para castigarle por su fraude é impedir que el comprador fuese víctima de un engaño. Las disposiciones siguientes prueban esto. Era preciso, 1.°, que el que se hubiese dejado vender fuese mayor de veinte años en el momento de la venta, ó bien en el tiempo en que partiese con su cómplice el precio de su engaño; porque hasta entónces se le consideraba con poca edad para castigarle con una pena tan severa (5); 2.°, que conociese bien su cualidad de hombre libre, y que tuviese intencion de participar del precio; porque sin estas condiciones no habria habido fraude por su parte (6); 3.°, que el precio fuese realmente dado por el comprador al vendedor; porque si el comprador no hubiese pagado nada, no experimentaria ningun perjuicio (7); 4.°, que el comprador ignorase que el que se le vendia era libre; porque si lo supiese, no podia quejarse de haber sido engañado, y debia imputarse á sí mismo (8).

---

(1) Inst. 3. 12. 1.
(2) Id. 1. 16. 1.
(3) Nov. 22, C. 8.
(4) D. 40. 13. 5. f. Paul.
(5) D. 40. 12. 7. § 1. Ulp.—40. 13. 1. § 1.
(6) D. 40. 12. 7. prin.
(7) D. 40. 13. 1. prin.
(8) D. 40. 12. 7. § 2. f. Ulp.

V. In servorum conditione nulla est differentia; in liberis autem multæ; aut, enim sunt ingenui aut libertini.

5. No hay diferencia en la condicion de los esclavos, mas entre los hombres libres hay muchas; ó son ingenuos ó libertinos.

Los esclavos en la sociedad general no eran, propiamente hablando, personas (1), y eran considerados como si no existiesen en el órden civil: *Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur. Servitutem mortalitati fere comparamus* (2), ó al ménos sólo existian como cosa de su señor. Incapaces de ejercer ninguna funcion, no podian ser ni jueces, ni árbitros, ni testigos en un testamento; se podia, en verdad, llamarlos para dar testimonio en un negocio criminal ó civil, para comprobar hechos, cuando no hubiese otro medio de descubrir la verdad (3); sin embargo, podia un esclavo poseer un peculio, hacerle valer, ser instituido heredero, recibir un legado y una donacion, dirigir un establecimiento de comercio y un navío; pero en todos estos casos sólo era el esclavo una persona intermedia, un instrumento, la representacion de su señor, segun Teófilo, la persona del señor representada por el esclavo.

Segun nuestro texto, no puede haber diferencia entre los esclavos; en efecto, añade Teófilo, no se puede ser más ó ménos esclavo. Entre individuos que no tienen absolutamente ningun derecho no puede uno tener más que otro. Sin embargo, es menester no confundir con los esclavos propiamente dichos (*servi*, *mancipia*), los colonos tributarios (*coloni senciti*, *adscripti* ó *tributarii*) y los colonos libres (*inquilini, coloni, liberi*), especies de siervos introducidos en tiempo de los emperadores, que formaban un término medio entre la libertad y la esclavitud (*Hist. del der.*, p. 312). Es preciso distinguir tambien á los esclavos de la pena (*servi pœnæ*), condenados á las bestias ó á las minas, y sin tener, por decirlo así, otro señor que el suplicio: Justiniano suprimió esta servidumbre: en fin, los esclavos que pertenecian al pueblo ó á una municipalidad (*servi populi romani, reipublicæ*).—Entre los esclavos pertenecientes á particulares, existian diferencias de hecho, segun los trabajos en que se ocupaban: uno era preceptor de los hijos de su señor (*pedagogus, æducator*); otro intendente (*actor*); otro tenía el

(1) Teof. Inst. 3. 17. prin.
(2) D. 50. 17. L. 32 y 209. f. Ulp.
(3) D. 22. 5. 7. f. Mod.

cargo de distribuir el trabajo entre los demas esclavos (*dispensator*); éste estaba destinado á representar comedias (*comœdus*); aquél sometido á los trabajos más groseros y encadenado (*compeditus*). Aun habia esclavos dados por su señor á otro esclavo, á quien estaban obligados á servir como si fuesen suyos propios. Se llamaban estos esclavos vicarios (*servi vicarii*); los demas, esclavos ordinarios (*servi ordinarii*). Pero todas estas diferencias dependian de la voluntad del señor, que podia establecerlas ó anularlas á su antojo.

CIUDADANOS Ó EXTRANJEROS (*cives; peregrini, barbari*).

El título de ciudadano tenía en otro tiempo un valor inestimable, ya respecto de los derechos políticos, ya respecto de los civiles. Ya lo hemos visto reservado primero á los solos habitantes de Roma y de su territorio (*Hist. del der.*, p. 52); despues concedido á algunas ciudades confederadas del Lacio (*id.*, p. 149); conquistado en la guerra social por toda la Italia (*id.*, p. 208 y 216); extendido á muchas provincias, y dado, en fin, por Caracalla á todos sus súbditos (despues del 965 de R.—212 de J. C.) (*Id.* página 270).

Antes de esta última época se pretendia investigar en qué caso un individuo nacia ciudadano, y en qué caso nacia *peregrinus*. Gayo, anterior á Caracalla en algunos años, dedica á esta cuestion más de una página de sus Instituciones (1).

Veamos dos reglas generales que tenian aquí su aplicacion, y que tendrémos nosotros necesidad de aplicar en algunos casos. 1.° El hijo nacido de legítimo matrimonio, contraido entre personas que tienen el derecho civil de unirse (*connubium*), sigue la condicion del padre: el hijo nacido fuera de matrimonio, ó nacido de personas que no tienen entre sí el *connubium*, sigue la condicion de la madre. « *Connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur; non interveniente connubio, matris conditioni accedunt* (2).»—2.° Cuando el hijo sigue la condicion del padre, es preciso tomar esta condicion en el momento de la concepcion; cuando sigue la condicion de la madre, en el momento del naci-

(1) Gay. Com. 1. § 67 á 97.

(2) Ulp. Reg. 5. § 8.—Gay. 1. §§ 80, 89.

miento: «*In his qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur; in his autem qui non legitime concipiuntur, editionis* (1).»—Estas dos reglas proceden de los principios más sencillos: la última la dicta la misma naturaleza de las cosas. Si el hijo recibe su condicion de su padre, la recibe en el momento de la concepcion; porque una vez concebido, es independiente del padre; éste puede estar enfermo y áun morir, miéntras el hijo continúa desarrollándose y viviendo; de la misma manera puede el padre haber sido hecho esclavo y perder los derechos de ciudadano, miéntras el hijo nace libre y ciudadano. Por el contrario, si el hijo debe tomar la condicion de la madre, que es en el momento del nacimiento. Durante toda la gestacion sigue todas las alteraciones de la madre, de la que forma una parte; padece la una, padece el otro; muere ésta, muere comunmente aquél; se hace aquélla esclava, pierde éste sus derechos de ciudad y nace esclavo ó *peregrinus*.—Sería preciso deducir de estas dos reglas que cuando el hijo nacia fuera de legítimo matrimonio de una ciudadana y de un *peregrinus*, nacia ciudadano; pero la ley MENSIA *de natis ex alterutro peregrino*, expedida en tiempo de Augusto, establecia que en todos los casos en que el padre ó la madre fuese extranjero, lo sería tambien el hijo: «*Lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet* (2).» Era preciso, pues, segun esta ley, para que el hijo naciese ciudadano, que el padre y la madre lo fuesen ambos.

En tiempo de Justiniano existia aún el derecho introducido por Caracalla (3); no se distinguian ya de los ciudadanos sino los pueblos realmente extranjeros, que se llamaban bárbaros, como los persas, vándalos, godos, lombardos y francos. Los derechos de ciudadano en el órden político eran casi nulos; en el órden privado gozaban del derecho civil, y los extranjeros sólo del derecho de gentes.

INGENUOS Y LIBERTINOS (*ingenui; libertini, liberti*).

Es imposible estudiar la historia de los romanos y leer las obras que nos han dejado sus autores, sin echar de ver cuán grande era

(1) Ulp. Reg. T. 5. § 10.—Gay. *ibid.*
(2) Ulp. Reg. T. 5. § 8. Segun MM. Haubold y Hugo, la palabra *Mensia* puede no ser sino una corrupcion de *lex Ælia Sentia*. Gay. 1. § 80.
(3) D. 1. 5. 7. f. Ulp.

la diferencia que habia entre ingenuos y libertinos. Esta diferencia producia resultados importantes, tanto en las costumbres como en las leyes: nuestro texto lo examina detalladamente.

TITULUS IV.

DE INGENUIS.

Ingenuus est, qui *statim ut nascitur, liber est*; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino et altero ingenuo. Sed etsi quis ex matre libera nascatur, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quod nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est: Si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Marcellus probat liberum nasci; sufficit enim ei, qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse: quod et verum est.

TITULO IV.

DE LOS INGENUOS.

Es ingenuo el que *desde el instante de su nacimiento* es libre, ya haya nacido del matrimonio de dos ingenuos, de dos libertinos, ó de un libertino y un ingenuo. Mas el hijo nacido de una madre libre y de un padre esclavo nace ingenuo, á la manera que aquel cuya madre es libre y que tiene un padre incierto, porque ha sido vulgarmente concebido (1). Basta, por lo demas, que la madre sea libre en el momento del nacimiento, aunque fuese esclava en el de la concepcion. Y si, por el contrario, ha concebido libre y parido esclava, se ha dispuesto que el hijo nazca libre, porque la desgracia de la madre no debe perjudicar al hijo que lleva en su seno. Por lo que se ha hecho esta pregunta: si una esclava embarazada es emancipada, y en seguida vuelve á la esclavitud y pare, ¿su hijo es libre ó esclavo? Marcelo prueba que nace libre. Basta, en efecto, al hijo concebido que su madre haya sido libre un momento, aunque no fuese más que durante la gestacion, y esto es verdad.

Statim ut nascitur, liber est. Desde el momento en que nace, el ingenuo ocupa un lugar entre los hombres libres, en su familia y en la ciudad. Nunca se ha visto sometido á ningun derecho de servidumbre, y no debiendo su libertad á nadie, no tiene impuesta, por lo mismo, ninguna sujecion.—Pero ¿en qué casos nace un hijo libre, y por consiguiente ingenuo? Aplicando las dos reglas que acabamos de explicar poco más arriba, sería preciso decidir: 1.°, que si el hijo es concebido en matrimonio, toma la condicion

(1) Esta expresion, *vulgo conceptus*, está llena de energía, é indica bien á un hijo cuya concepcion ha tenido lugar fuera de matrimonio, y no puede atribuirse á éste ni al otro.

que su padre tenía en el momento de la concepcion, y por consiguiente es libre, cualquiera que haya sido despues la suerte del padre; 2.°, que si no hay matrimonio, el hijo sigue la condicion que tiene la madre en el momento del nacimiento; si la madre es libre en este tiempo, lo es el hijo; si la madre es esclava, tambien el hijo es esclavo, ya sea libre el padre ó esclavo, y cualquiera que haya sido la suerte de la madre durante la gestacion.—Tal era el derecho rigoroso ó estricto. Gayo (1) y Ulpiano lo aplican, como hemos visto, al caso en que se trata de saber si un hijo nace extranjero, y no dicen que sea de otro modo respecto de los esclavos; pero Paulo, que escribia en la misma época que Ulpiano, indica una excepcion hecha á la regla general en favor de la libertad: «1. *Si serva conceperit, et postea manumissa pepererit, liberum parit.—2. Si libera conceperit, et ancilla facta pepererit, liberum parit.—Id enim favor libertatis exposcit.—3. Si ancilla conceperit, et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla pepererit, liberum parit. Media enim tempora libertati prodesse, non nocere etiam possunt*» (2). Marciano, casi contemporáneo de Ulpiano, da la misma decision (3); en fin, nuestra version de las instituciones atribuye esta opinion á Marcelo, que vivia en tiempo de Marco Aurelio, y en la misma época que Gayo (*Hist. del der.*, pág. 267); así, despues de estos jurisconsultos, para que el hijo naciese libre, bastaba que la madre lo hubiese sido en un solo momento de la gestacion: es disposicion de las instituciones.

I. Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, et postea manumissum esse; sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.

1. El que ha nacido ingenuo no pierde esta cualidad por haber sido reducido á servidumbre, y en seguida emancipado; porque con muchísima frecuencia se ha declarado que la manumision no puede perjudicar á los derechos del nacimiento.

Es preciso guardarse bien de entender por este párrafo que el ingenuo no puede perder nunca esta cualidad. El ingenuo realmente hecho esclavo (*servus*), por ejemplo, ha perdido su ingenuidad, porque se ha dejado vender para participar del precio; y si su señor lo liberta, se hace emancipado (4), porque debe la li-

(1) Gay., Com. 1. § 89.
(2) Paul. Sent. T. 24.
(3) D. 1. 5. 5. f. Marc.
(4) D. 1. 5. 21. f. Modest.

bertad á su señor. Pero el ingenuo reducido á la esclavitud (*in servitute*), por ejemplo, el hijo que en su infancia ha sido robado por los piratas y vendido como esclavo, no ha perdido nunca su ingenuidad, y si su señor le da libertad, no se hace emancipado, porque no debe á su señor la libertad, que se le habia quitado de hecho, pero que no habia nunca perdido de derecho. La diferencia está, pues, en estas expresiones: *in servitute esse*, *servus esse*, de las cuales la primera expresa el hecho y la segunda el derecho.— Un hombre tiene una mujer libre á su servicio, que despues de parir muere, dejando un hijo vivo. El señor muere algun tiempo despues, y su heredero cree que el hijo es esclavo, lo guarda como tal y en adelante le da libertad. Este hijo no se hace emancipado, porque se hallaba *in servitute*, pero no era *servus*. Este es un ejemplo citado por Teófilo.—De todas estas observaciones puede inferirse que la definicion del ingenuo, dada en el párrafo precedente, no es enteramente exacta; no bastaba decir: el ingenuo es aquel que ha nacido libre; sino que era preciso añadir: y que nunca ha cesado de serlo.

TITULUS V. — TITULO V.

DE LIBERTINIS. — DE LOS LIBERTINOS Ó EMANCIPADOS.

El esclavo libre de la servidumbre se llamaba libertino (*libertinus* en cuanto á la designacion general de su estado, y *libertus* cuando se le considera con relacion á su patrono); el que le daba libertad se llamaba patrono (*patronus*). Las costumbres y las leyes habian separado á los libertinos de los ingenuos, y habian formado de ellos una clase aparte.—Respecto de las costumbres, el recuerdo de su esclavitud los señalaba siempre como con una marca, y los colocaba en una categoría bien inferior á los que sólo debian su libertad á su nacimiento. El antiguo esclavo tomaba el nombre de su patrono; ordinariamente permanecia agregado á su casa, y despues de haberle servido como esclavo, continuaba sirviéndole como libertino (1). No temia entregarse á ocupaciones que un ingenuo no habria nunca desempeñado, como la de dirigir un establecimiento de comercio, un navío ó una tienda; á veces se hacía

(1) Inst. 2. 5. 2.

útil por sus conocimientos en los negocios ó en la jurisprudencia; frecuentemente era el confidente y el cómplice de su patrono; la mayor parte de aquellos emperadores que han dejado en la historia un nombre vergonzoso tuvieron por consejeros á libertinos; Narciso inspiró y dirigió casi todos los atentados de Neron; pero á veces tambien aquellos esclavos que habian obtenido la libertad parecian, por sus talentos, que pretendian vengarse de los agravios de la fortuna. Terencio debió su libertad á la manumision, y Horacio era hijo de un libertino: al nacer habian recibido el genio, que ha hecho que lleguen hasta nosotros sus nombres y sus obras. —Respecto de las leyes, los emancipados ó libertinos no podian, en el órden político, aspirar á ciertas dignidades ni tenian el derecho de usar un anillo de oro (*jus aureorum annulorum*), signo distintivo de los caballeros, que habia llegado á ser comun á todos los ingenuos; por último, estaba prohibido á los patricios emparentar con ellos. En el órden privado, la circunstancia más característica consistia en que el libertino, al incorporarse con hombres libres, se encontraba solo y sin familia civil; y esto debia necesariamente alterar, respecto de él, todas las reglas de esta materia, como las de tutela y sucesiones. En esta situacion las leyes, de acuerdo con las costumbres, le habian dado en cierto modo por familia la del patrono, su padre (*patronus*), en la libertad y en la ciudad, que le daba su nombre, y hácia el que tenía que cumplir muchos deberes, cuya reunion formaba lo que se llamaba los derechos de patronato (*jura patronatus*).

En los primeros tiempos de la república habia pocos esclavos, y por tanto pocos libertinos, que se distinguian mucho de los ingenuos. Posteriormente se multiplicaron los esclavos y tambien los libertinos; en las últimas guerras civiles se formaron con ellos legiones, cosa contraria al derecho constitutivo. Augusto quiso reprimir en muchas leyes las frecuentes manumisiones (*Hist. del derecho*, pág. 258); pero la fortuna y las costumbres del imperio no eran semejantes á las de la república; las cosas continuaron su curso; los ciudadanos emancipados se asemejaron á los ingenuos; frecuentemente los emperadores concedian á alguno de aquéllos el derecho de regeneracion (*jus regenerationis*), y de esta manera se encontraban en cierto modo regenerados, colocados entre los ingenuos, y pudiendo usar el anillo de oro. Por último, Justiniano acabó por hacer desaparecer toda diferencia en esta materia, con-

cediendo á todos los emancipados la regeneracion, y manteniendo sólo, para distinguirlos de los ingenuos, los derechos del patrono y de su familia.

Libertini sunt, qui *ex justa servitute* manumissi sunt. Manumissio autem est datio libertatis; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est: manumissus liberatur a postetate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit; utpote, cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus invassit, secutum est beneficium manumissionis; et cum uno communi nomine omnes homines appelarentur, jure gentium tria hominum genera esse cœperunt: liberi et his contrarium servi, et tertium genus libertini, *qui dessierant esse servi.*

Son libertinos los que se han librado de una *justa servidumbre* por medio de la manumision. La manumision es la accion de dar la libertad; porque en tanto que uno es esclavo, está bajo la mano y potestad del señor: del poder de éste se libra por medio de la manumision. Esta disposicion toma su orígen del derecho de gentes; pues segun el derecho natural, todos los hombres nacian libres, y no habia manumision, porque no se conocia la esclavitud. Pero cuando el derecho de gentes introdujo la servidumbre, se introdujo tambien en seguida el beneficio de la manumision; y cuando en los primitivos tiempos todos los hombres eran iguales, se principiaron á dividir en tres especies, segun el derecho de gentes; los libres; en oposicion á éstos, los esclavos; y en tercer lugar los libertinos, que habian *cesado de ser esclavos.*

Para que un hombre que habia salido de la servidumbre se hiciese libertino, era preciso que su servidumbre fuese real y de derecho, pues en otro caso la manumision no hacía perjuicio á su libertad: por eso dice el texto *ex justa servitute*. Los últimos términos del párrafo *qui desierant esse servi*, expresan la misma idea, y áun tienen alguna cosa de más general que la primera definicion, porque no comprenden la palabra *manumissi*, libres por manumision, pues habia esclavos que podian ser emancipados de otras maneras que por manumision. La etimología de *manumissio* es muy natural: *de manu missio;* la expresion *manui subesse* se hallaba destinada entre los romanos para expresar la idea de estar bajo el poder; el esclavo está *sub manu domini:* y por eso el acto que lo libra de este poder, de esta mano que pesa sobre él, se llama *manumissio*. Verémos, sin embargo, que la palabra *manus*, tomada aquí en un sentido general, estaba destinada en otro tiempo para designar especialmente el poder del marido sobre la mujer.

I. Multis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris

1. De muchos modos se hace la manumision: ó en las sacrosantas

constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam est veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt.

iglesias, conforme á las constituciones imperiales, ó por la vindicta, ó entre amigos, ó por carta, ó por testamento, ó por cualquier otro acto de la última voluntad. Mas de otras muchas formas puede darse la libertad al esclavo, cuyas formas han sido introducidas, tanto por las constituciones antiguas cuanto por las nuestras.

La manumision no era un acto que afectaba únicamente á un interes privado; es preciso comprender bien su verdadero carácter. Su objeto natural consistia en dar libertad al esclavo, y una vez libre, hacerle entrar en la sociedad con cualesquiera derechos, cuyos derechos eran los de ciudadano. Tres partes habia interesadas: el señor, que perdia su poder; el esclavo, que mudaba de condicion, y la ciudad, que lo admitia en su seno por uno de sus individuos. Estas tres partes debian, pues, intervenir en el acto. La sola voluntad del señor no bastaba para verificar la manumision; la ciudad concurria siempre al acto, representada por el censor en la manumision por el censo, por el pueblo mismo reunido en comision en la manumision por testamento y por el magistrado en la manumision por vindicta. Toda manumision hecha por el propietario solamente no era más que un acto privado; sin embargo, vemos frecuentemente que los señores manumitian al esclavo, ya haciéndole sentar á su mesa en señal de libertad, ya declarando su intencion en presencia de sus amigos; pero esto no era más que un negocio particular entre el esclavo y su señor, que se reducia á que éste prometiese no ejercer su poder: el esclavo no se hacía ni libre ni ciudadano romano, porque la ciudad no tomaba parte en su manumision, y el señor podia, cuando queria, recobrar el poder que habia prometido no ejercer ya, porque no se consideraba obligado con su esclavo: es verdad que los pretores se oponian á esto. En adelante, una ley llamada JUNIÆ sancionó la jurisdiccion pretoriana y quiso que estos esclavos viviesen siempre como libres, pero no como ciudadanos (1). En fin, Justiniano, en cuyo

(1) Lo que acabamos de decir se deduce como consecuencia forzosa de las diversas disposiciones sobre la emancipacion y la naturaleza de este acto. Hé aquí sobre este asunto un pasaje, que es notable para no citarlo: se ha tomado de un antiguo jurisconsulto romano. «*Primum ergo videamus quale est quod dicitur, eos qui inter amicos apud veteres manumittebantur, non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari, et tantum serviendi metu liberari. Antea enim* una libertas erat; *et libertas fiebat vel ex* vindicta, *vel ex* testamento, *vel in* censu; *et* civitas romana competit *manu-*

tiempo el título de ciudadano distaba mucho de tener el precio que se le daba en Roma, no estableció ninguna diferencia entre estas diversas maneras de *manumissio*, y por eso los esclavos pudieron, sin el concurso de la ciudad, y por sola la voluntad del señor, recibir, no sólo la libertad, sino áun los derechos de ciudad.

De lo dicho es fácil deducir que las formas de manumision se dividen en formas en las cuales interviene la autoridad pública, y formas en las que no interviene (formas públicas ó formas privadas), que esta division importa observarla en la primitiva jurisprudencia; porque las manumisiones con intervencion de la autoridad pública eran las únicas que existian en los primeros tiempos, las únicas que producian efectos sancionados por el derecho; y despues de la ley JUNIA, porque las manumisiones públicas eran las únicas que hacian ciudadanos, dando las otras sólo el ejercicio irrevocable de la libertad; pero que en tiempo de Justiniano dejan de tener estos diversos actos la misma importancia, pues todas las formas producen los mismos efectos.

FORMAS PÚBLICAS DE MANUMISION.

Manumision por censo (*censu*). Cuando el censor formaba el censo de los ciudadanos, comparecian en su presencia el esclavo á quien se queria dar libertad, y el señor que renunciaba á su poder; y entónces aquel magistrado, en virtud de los poderes que le estaban confiados, inscribia al esclavo en las tablas del censo y entre los romanos, formalidad muy sencilla y natural, que sólo era un principio de ejecucion de los efectos que debia producir la manumision. Tal es la primera forma de manumision, cuya memoria se conserva: tuvo su orígen poco tiempo despues de Servio (*Historia del der.*, pág. 43). Bajo el imperio cayó en desuso la institucion del censo. Durante el espacio de casi doscientos años, desde Vespasiano hasta Decio (de 827 de R. á 1002), no se hizo ningun otro censo, y en este intervalo hablan los jurisconsultos de la manumision por censo, los unos como siempre existente (1), porque

---

missis, quæ appellatur legitima libertas. Hi autem qui domini voluntate *in libertate erant*, manebant servi, *et manumissores audebant eos iterum per vim in servitutem ducere: sed interveniebat prætor, et non permittebat manumissum servire*, etc.» (Veteris juriscons. frag. De manum., § 6.)

(1) Gay. 1. 17.

no se hallaba abolida de derecho, y los otros, como no existente ya, porque habia caido en desuso (1). El emperador Decio (1002 de R.—249 de J. C.) mandó hacer un censo, que fué el último que se hizo.

Manumision por vindicta (*vindicta*). La manumision de que acabamos de hablar se verificaba cada cinco años; no podia bastar para mucho tiempo. Sin embargo, ¿qué medio podia encontrarse para hacer libre y ciudadano á un esclavo sin la inscripcion en el censo? Este medio lo suministró una accion simbólica, muy propia del genio de los primeros romanos. Cuando un hombre libre se hallaba injustamente en servidumbre, cualquier ciudadano interesado por aquél se dirigia al cónsul que administraba la justicia, y obtenia su libertad (*in libertatem vindicabat*) (2). Entónces tenía lugar el proceso ó causa llamada *causa liberalis*, sobre la cual se pronunciaba la sentencia que lo declaraba libre (3). Una representacion ficticia de esta causa ó proceso conducia á la manumision. El señor y el esclavo se presentaban al cónsul, y ante él, con formalidades que no conocemos bien, un amigo ó el lictor, desempeñando el papel de demandante (*adsertor libertatis*), fingia obtener la libertad como perteneciente á este hombre; el señor no contestaba nada, y el magistrado, dando una especie de decision, lo declaraba libre segun el derecho de los romanos. De esta manera se conseguia el objeto que se pretendia. En estas formalidades figuraba una barita (*fertuca, vindicta*), una especie de lanza, que entre los romanos, pueblo guerrero y expoliador, era un símbolo de propiedad, que se usaba en todos los procedimientos en que se trataba de recobrar aquélla. «*Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii: maxime* (*enim*) *sua esse credebant quæ ex hostibus cæpissent*» (4). Esta lanza se ponia sobre el esclavo cuando se le daba libertad (*in libertatem vindicare*); y por eso la manumision por este medio se llamaba *vindicta, manumissio.*—Los magistrados ante quienes se hacía este acto fueron al principio los cónsules, á quienes se añadió los pretores cuando se creó su jurisdiccion, despues los procónsules y los diversos presidentes de las provincias.

---

(1) Ulp. T. 1. § 8. frag. se explica así: «*Censu manumittebantur olim qui lustrali censu Romæ iussu dominorum inter cives romanos censum profitebantur.*»

(2) Este demandante se llamaba *adsertor libertatis*.

(3) Dig. 40. 12. *De liberali causa.*

(4) Gay. 4. § 16. *in fin.*

Esta opinion sobre la emancipacion por la vindicta, disputada aún en la época en que se emitió en la primera edicion de esta obra, es hoy una cosa vulgar, que se considera como fuera de toda duda. La manumision por vindicta era una aplicacion particular de la *in jure cessio* (1). En cuanto al pormenor de las formalidades y de las palabras usadas, cualesquiera que ellas fuesen, caerian en desuso en tiempo de los emperadores. Un fragmento de Hermogeniano nos enseña que en su tiempo se practicaba la manumision sin que el señor hablase, porque se suponian pronunciadas las palabras solemnes (2) : no era necesario que el magistrado estuviese en su tribunal, pues podia manumitir en cualquier parte en que se hallase. Ulpiano refiere que vió al pretor manumitir estando en el campo, y sin que sus lictores se hallasen presentes (3).

Manumision por testamento (*testamento*). El testamento no podia hacerse al principio sino ante los comicios del pueblo, que debian ratificar la voluntad del testador, como si se tratase de ratificar un proyecto de ley. Era natural que de este modo pudiera manumitirse, pues á ello concurria el pueblo. El esclavo sólo intervenia como cualquier otro legatario, porque el testamento sólo

(1) Es preciso no detenerse en las diferentes descripciones hipotéticas y frecuentemente contradictorias de la manumision por vindicta. El lictor, segun unos, y el señor, segun otros, agarrando al esclavo para indicarlo mejor al magistrado, declaraban su intencion diciendo: *hunc hominem liberum esse volo*, y despues de haberle dado un bofeton, como último acto de su poder, lo empujaban, haciéndole dar una vuelta al rededor y diciéndole: *Abito quo voles.* Entónces el pretor le hacia imponer la varita (*vindicta*) y lo declaraba libre. *Aio te liberum more Quiritium.* Hoy, con las nociones que poseemos acerca de las acciones de la ley, no es lícito equivocarse sobre el carácter general de este acto. Infinitas razones hay que prueban que la manumision por vindicta era una ficcion de la *causa liberalis.* Se justifica así del modo más satisfactorio cómo llegó el caso de no ser necesaria la inscripcion en el censo; se citan ademas, en apoyo de lo dicho, más de un ejemplo de semejantes ficciones. Para dar á alguno la propiedad romana de una cosa que no le pertenecia, se representaba ante el pretor un litigio. La persona á quien se queria dar aquélla, fingia recobrar la cosa, el señor no decia nada, y el magistrado, como decidiendo, daba la causa ganada al que la habia recobrado (Gayo 2. § 24.—Ulp. Reg. T. 10. § 9 y sig.). Este procedimiento se llamaba *in jure cessio.* Para dar su hijo en adopcion á alguno, este último, despues de las formalidades necesarias para anular el poder paterno del padre, se apoderaba del hijo como suyo en presencia del magistrado; el padre no contestaba, y el pretor adjudicaba el hijo al que de él se habia apoderado (Aul. Gel. 5. 19.). Esta era una aplicacion especial de la *in jure cessio.* La manumision por vindicta era diversa.—Así se explica con mucha exactitud BOECIO en sus notas sobre los tópicos de Ciceron: «Erat etiam pars altera accipiendæ libertatis, quæ vindicta vocabatur. Vindicta vero est virgula quædam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens, eumdem servum in libertatem vindicabat, dicens quædam verba solemnia, atque ideo illa virgula vindicta vocabatur.» — Segun Tito Livio (L. 2. c. 5.), la expresion *manumissio vindicta* tomaba su origen de un esclavo llamado Vindicio, que fué el primero que fué manumitido en esta forma, por haber descubierto la conspiracion de los hijos de Bruto. Teófilo refiere las dos etimologías. No dudamos en considerar como fabulosa la de Tito Livio.

(2) D. 40. 2. 23. f. Hermog.

(3) D. 40. 2. 8. f. Ulp.



se hace para el momento de la muerte del testador, y hasta entónces no produce ningun efecto. En adelante las formalidades se hicieron ménos rigorosas : en vez de la intervencion del pueblo, bastaba la de un cierto número de testigos; pero las manumisiones continuaron haciéndose en este acto.—Así se daba la libertad, directamente ó por fideicomiso. *Directamente*, cuando el testador, sin valerse de ningun recurso intermedio, declaraba su voluntad : *Servus meus Cratinus liber esto; liber sit; Cratinum liberum esse jubeo*; por *fideicomiso*, cuando el señor empleaba á un tercero, á quien rogaba emancipase al esclavo : *Heres meus rogo te ut Saccum vicini mei servum manumittas; fidei committo heredis mei ut iste eum servum manumittat* (1). Las diferencias entre estas dos formas eran grandes. La libertad directa no podia darse por el testador sino á su esclavo (2); la libertad fideicomisaria áun al esclavo de otro (3), pues el heredero se hallaba encargado de comprarle y de manumitirle; el esclavo directamente manumitido era libre de pleno derecho desde el momento que habia un heredero (4); el esclavo manumitido por fideicomiso no se hacía libre sino cuando el heredero ó la persona encargada del fideicomiso lo manumitia : el primero era manumitido del difunto, y se le llamaba *libertus orcinus*, porque su patrono se hallaba entre los muertos (*ad orca*); la familia de este último quedaba revestida segun el derecho ordinario de la parte de los derechos de patronato que le correspondia (5); el segundo tenía por patrono al que se habia encargado de manumitirle (6). Tambien se podia por testamento dar libertad bajo condicion ó desde cierto dia (*sub conditioni, à die*), pero no hasta cierto dia (*ad diem*) (7); el esclavo manumitido de esta manera: que Panfilo sea libre durante diez años; lo sería para siempre. La razon es muy clara; la cualidad de hombre libre y de ciudadano no puede adquirirse por un momento y perderse sin un motivo posterior.

Manumision en las iglesias (*in sacrosanctis ecclesiis*). Hallamos en el código, sobre esta forma de manumitir, dos constituciones

(1) Ulp. Reg. T. 2. § 7.
(2) D. 40. 4. 35.—Inst. 2. 21. 2.
(3) D. 40. 5. 31. p. f. Paul.—Ulp. Reg. 2. 10.
(4) D. 40. 4. 11. § 2. f. Pomp. y 25 f. Ulp.—Ulp. Reg. 1. 22.
(5) Cod. 7. 6. 1. § 7.
(6) Ulp. Reg. T. 2. § 8.
(7) D. 40. 4. 1. 33. 34. f. Paul.

expedidas en 316 de J. C., cuando Constantino dividia el imperio con Licinio y principiaba á proteger la religion cristiana, época en que ya hacia cerca de un siglo que no se habia verificado el censo. Esta manumision se hacía delante de los obispos en presencia del pueblo; se hacía constar por un acta que firmaba el pontífice (1). Segun parece, se escogia para esta formalidad un dia de fiesta solemne, como la de pascua. Cujacio habla de un acto semejante que se hallaba grabado en piedra encima de las puertas de la antigua catedral de Orleans, y que se refiere á la época feudal de la Edad Media, en que esta institucion se conservaba, aunque con algunas modificaciones: *Ex beneficio S.* † *per Joannem episcopum et per Albertum S.* † *Casatum factus es liber Lemtbertus, teste hac sancta ecclesia* (2). «Por la gracia de la Santa Cruz, por el ministerio de Juan, obispo, y por la voluntad de Alberto, vasallo de la Santa Cruz, Lemberto, esclavo de este último, ha recibido la libertad en presencia de los fieles de esta iglesia.»

FORMAS PRIVADAS DE MANUMISION.

Por carta (*per epistolam*). Los señores, dice Teófilo, escribian á veces á un esclavo que se hallaba léjos de ellos, y á quienes permitian vivir en libertad: éste es el orígen de la manumision *per epistolam*. Justiniano exigió que la carta ó escrito que contenia la manumision fuese firmado de cinco testigos (3).

Entre amigos (*inter amicos*). La declaracion del señor, hecha en presencia de sus amigos, ponia en libertad al esclavo. Justiniano fijó en cinco el número de testigos presentes: se extendia un acta en que se acreditaba haber oido la declaracion (4).

Por codicilo (*per codicillum*). El codicilo es un acto sin solemnidades, en el cual se podia expresar su última voluntad acerca de las dádivas, legados y otras disposiciones particulares que se encomendaban al heredero. Justiniano exigió que el codicilo fuese firmado por cinco testigos (5). En este acto se podia manumitir,

(1) Cod. 1. 13.
(2) Cuj. Inst. D. Just. notæ.
(3) Cod. 7. 6. 1. § 1.
(4) Cod. 7. 6. 2.
(5) Cod. 6. 36. 8. § 3.

y á esta forma de manumision alude la expresion de nuestro texto: *per quamlibet aliam ultimam voluntatem.*

Habia tambien otras muchas formas contenidas en una constitucion de Justiniano (1), que son las siguientes: si un señor arrojaba de sí y abandonaba sin ningun auxilio á su esclavo enfermo de peligro, ó bien si prostituia á una esclava, vendida bajo condicion de que no lo sería, quedaba libre sin patrono.—Si el esclavo, conforme á la voluntad del difunto ó de su heredero, ha ido delante del acompañamiento fúnebre de su señor llevando el gorro de la libertad, era libre, á fin de que no aparezca que el señor se ha atribuido por ostentacion el falso mérito de una manumision afectada.—Si despues de haber abogado contra algun hombre y haber hecho que se declare su esclavo, se recibe de alguno el precio de aquél.—Si el señor ha casado un hombre libre con una mujer esclava, constituyéndole una dote.—Si en un actó público ha dado á su esclavo el nombre de hijo.—Si en presencia de cinco testigos le ha devuelto ó roto los títulos que acreditan su servidumbre.—Habia en otro tiempo otros medios de manumitir sin solemnidad; por ejemplo, cuando el señor hacía sentar al esclavo á su mesa en señal de libertad (*per convivium, per mensam inter epulas*); pero Justiano sólo ha sancionado los modos que acabamos de referir, y algunos otros indirectos que tendrémos ocasion de citar (2).

II. Servi autem a dominis semper manumitti solent: adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum prætor, aut præses, aut proconsul in balneum, vel in theatrum eunt.

2. Siempre los señores han acostumbrado manumitir á sus esclavos; lo hacen hasta por tránsito, como, por ejemplo, cuando el pretor, el procónsul ó el presidente se dirigen al baño ó al teatro.

III. Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur modo majorem et justam libertatem consequebantur; et fiebant cives Romani; modo minorem, et Latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem et fiebant ex lege Ælia Sentia dedititiorum numero. Sed, dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in disuetudinem abiit; Latinorum vero nomen non

3. Los libertinos podian ántes distribuirse en tres estados diferentes. Porque, ya adquirian una libertad completa y legítima, y se hacian ciudadanos romanos; ya una libertad menor, y, segun la ley Julia Normana, se hacian latinos; ya una libertad ínfima, y por la ley Ælia Sentia se hacian del número de los dediticios. Pero ya hace mucho tiempo que los últimos de estos manumitidos, los dediticios, han des-

(1) Cod. 7. 6. 3 á 12.
(2) Cod. 7. 6. 12.

frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere et in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendabit, et in pristinum statum reduxit, quia et in primis urbis Romæ cunabilis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem quam habebat manumisor, nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expullimus, quam promulgavimus, inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quæstore, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, et omnem quæ circa eos fuerat observantiam, alia constitutione, per ejusdem quæstoris suggestionem, correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos, nullo nec ætatis manumissii nec dominii manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicut jam antea observabatur, civitati romanæ donavimus; multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civate romana, quæ sola est in præsenti, præstari.

aparecido del uso: el título de latino era raro; por lo tanto, deseando completarlo y mejorarlo todo, nuestra humanidad ha corregido este punto, reduciéndolo á su primitivo estado; pues, en efecto, desde el principio de Roma la libertad era una, la misma para el manumitido que para el que manumitia; á no ser que este último fuese ingenuo y el otro libertino. Y por consiguiente, promulgando por consejo del ilustre Triboniano, varon esclarecido y qüestor, estas decisiones que han terminado todas las discusiones del antiguo derecho, hemos comprendido en ella una constitucion que suprime los dediticios. De la misma manera, y por sugestion del mismo qüestor, hemos suprimido los latinos junianos, y cuanto á ellos toca, por otra constitucion que se distingue de las leyes imperiales. Y á todos los libertos, sin establecer, como en otro tiempo, diferencia de edad ni de especie de propiedad del que manumitia, ni forma de manumision, los hemos hecho ciudadanos romanos; añadiendo muchos medios por los cuales puede darse libertad á los esclavos juntamente con los derechos de ciudad, que es la única que existe hoy.

En los primitivos tiempos la libertad era una é indivisible. Toda manumision producia dos efectos: 1.° El señor renunciaba á sus poderes de propietario; los derechos de ciudad eran concedidos al esclavo. 2.° Por una consecuencia natural era necesario: 1.°, que el señor fuese propietario del esclavo segun el derecho civil (*dominus ex jure Quiritium*); y 2.°, que interviniese la ciudad para consentir en la manumision, lo que tenía lugar en las manumisiones, *censu, vindicta, testamento.* Si el que manumitia no era propietario segun el derecho civil, y sólo poseia el esclavo en sus bienes (*in bonis*), ó bien si la manumision se hacía sin solemnidad, el esclavo no se hacía libre. Pero segun la voluntad del que manumitia, vivia en libertad (*in libertate morabatur*), librándose únicamente de la pena de servir (*tantum serviendi metu liberabatur*); y quedando siempre esclavo de derecho, de modo que lo que adquiriese fuese para su señor. Éste, segun el derecho civil, habria

podido hacerle volver á su poder; pero el pretor se oponia, y el señor solo, por muerte del esclavo, se apoderaba como propietario de cuanto aquél dejaba (1).

La ley Ælia Sentia, publicada en 757, en tiempo de Augusto, introdujo muchas modificaciones con respecto á las manumisiones, y entre otras, las siguientes: exigió que el esclavo manumitido se hiciese libre y ciudadano; que tuviese treinta años, á ménos que no se le manumitiese por vindicta, despues de haber sido aprobado el motivo por un consejo (*apud consilium justa causa aprobata*) (2). Ademas decidió que los esclavos que durante el tiempo de su servidumbre hubiesen sido cargados de cadenas, marcados con hierro encendido, ó puestos al tormento, por un crímen de que hubiesen sido convencidos (*si in ea noxa fuisse convicti sint*) (3), no pudiesen, áun cuando reuniesen para su manumision las tres condiciones prefijadas, adquerir los derechos de ciudadano; y que fuesen asimilados á los dediticios; así se llamaban los pueblos que habian tomado las armas contra Roma, y que despues de vencidos se rindieron á discrecion (*qui quondam adversus populum romanum, armis susceptis, pugnaverunt, et deinde victi se dederunt*); los romanos les dejaron la vida y la libertad, infamándolos con el nombre de *dediticios* (4). Hubo desde entónces dos clases de manumitidos, ciudadanos y dediticios. En cuanto á los esclavos, *qui libertate morabantur*, no se les podia contar como manumitidos.

Pero la ley Julia Norbana, que se cree expedida en 772 bajo el imperio de Tiberio (5), hizo de estos últimos una tercer clase, asimilada en cuanto á los derechos á los romanos conducidos é incorporados á colonias latinas: y estos manumitidos fueron llamados *latinos junianos;* latinos á causa de su situacion, y junianos á causa

(1) Veteris Jurecons. frag. De manum. §§ 6 y 7.

(2) G. 1. §§ 18 y 19.

(3) G. 1. § 18. Paul. Sent. L. 4. T. 12. § 3.

(4) G. 1. § 14.—Teof. h. t.

(5) Es menester confesar que muchas razones y, entre otras, algunas frases de Gayo y de Ulpiano, podrian hacer creer que en tiempo de la ley *Ælia Sentia* la clase de manumitidos latinos se admitia ya, y que, por consiguiente, la ley *Julia Norbana* es anterior á la ley *Ælia Sentia.* Sin embargo, estas frases se explican por las reflexiones siguientes: La ley *Ælia Sentia*, introduciendo algunas nuevas prohibiciones sobre las manumisiones, impidió en ciertos casos que el esclavo manumitido fuese ciudadano (*non voluit manumisso cives romanus fieri.* G. 1. § 18); lo asimila al que vive en libertad por la voluntad de su dueño (*perinde haberi jubet atque si domini voluntate in libertate esset.* Ulp. Reg. T. 1. § 12). En fin, la ley *Junia* vino, y desde entónces este esclavo fué Latino Juniano (*ideoque fit Latinus.* Ibid.). Si Gayo y Ulpiano reunen algunas veces estas consecuencias, es porque escriben posteriormente á las dos leyes, en una época en que sus disposiciones estaban vigentes.

de la ley. *Latinos ideo,* nos dice Gayo, *quia lex eo liberos perinde esse voluit, atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini colonarii esse cœperunt; Junianos ideo, quia per legem Juniam liberi facti sunt, etiamsi non cives Romani* (1). (Acerca de las diversas colonias, véase nuestra *Historia del der.*, p. 52.)

Se contaban entónces tres clases de manumitidos : 1.°, los manumitidos ciudadanos, en cuya manumision concurrian estas tres cosas : que el esclavo tuviese treinta años, que el señor tuviese el dominio por derecho civil, y que la forma de la manumision fuese una de las tres públicas y reconocidas por derecho ; 2.°, los dediticios, que durante su esclavitud habian sido castigados por un crímen, y 3.°, los latinos junianos, que no habian cometido ningun crímen, pero á cuya manumision faltaba una de las tres circunstancias que acabamos de citar.

Los manumitidos ciudadanos gozaban de todos los derechos civiles, salvas las diferencias que resultaban de no ser ingenuos. Los dediticios sólo gozaban de la libertad y de los derechos naturales concedidos en otro tiempo á los pueblos, á los cuales se hallaban asimilados. Sólo podian adquirir por los medios permitidos á los extranjeros; no podian hacer testamento; no podian residir en Roma ni en el radio de cien millas, bajo pena de ser vendidos públicamente ellos y sus bienes : no se les permitia ningun medio de mudar de estado y hacerse ciudadanos (2); y en fin, á su muerte el señor se apoderaba de sus bienes por derecho de sucesion, si habian sido manumitidos públicamente con todas las condiciones establecidas; si no, por derecho de peculio, y como propietario quedaba siempre (3).

Los latinos junianos no tenian los derechos de ciudadanos romanos. En el órden político les estaban negados el derecho de votar y la capacidad para obtener los cargos públicos; en el órden privado no podian ser nombrados directamente herederos, legatarios (4) ó tutores (5); ni podian hacer testamento : la ley *Junia* se lo prohibia expresamente (6); pero tenian el *commercium*, ó de-

(1) Gay. 3. § 56.—Véase tambien 1. § 22, y Veter. Jur. frag. § 8.
(2) Gay. 1. §§ 25. 26. 27.
(3) Gay. 3. §§ 74. 75. 76.
(4) Ulp. Reg. tit. 22. § 1, y tit. 25. § 7.
(5) Ib. t. 11. § 16.
(6) Ulp. Reg. tit. 20. § 14.



recho de comprar y vender, áun por *mancipacion* (1), la *faccion de testamento*, en el sentido de que podian concurrir á su verificacion *per æs et libram*, en calidad de *emptor familiæ, libripens* ó *testis*, pues podian figurar en una mancipacion (2); en fin, podian recibir por fideicomisos (3). A su muerte continuaron siempre sus señores apoderándose de los bienes que dejaban, como si no hubiesen dejado de ser esclavos; lo que hacía decir en las Instituciones, que en su último suspiro perdian á un tiempo la vida y la libertad : *In ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant* (4). Pero un latino podia de muchas maneras pasar al estado de ciudadano (5); *beneficio principali*, si el emperador por un rescripto le concedia esta gracia ; *liberis*, si teniendo contraido matrimonio, y teniendo un hijo se presentaba ante el pretor ó el presidente de la provincia, y probaba este hecho (*causam probare*): se hacía ciudadano, como igualmente su mujer y su hijo, si no lo eran (6), *iteratione*, si era manumitido de nuevo con todas las condiciones que faltaban á su primera manumision; y en fin, de otras muchas maneras que Ulpiano designa con estas palabras : *militia*, *nave*, *ædificio*, *pistrino*, y que consistian en haber servido durante cierto tiempo en las guardias de Roma, construido un navío, trasportado trigo durante seis años, levantado un edificio ó establecido una tahona.

Tales son las tres clases de manumitidos que Justiniano redujo á una sola (7), concediendo á todos los derechos de ciudad, sin distinguir si el esclavo tenía treinta años, si el señor tenía el dominio por el derecho civil (8), si la forma de la manumision era solemne (*nullo nec ætatis manumissi, nec dominii manumittentis, nec in modo manumissionis discrimine habito*); así sucedió que un esclavo, por acto particular del señor, y sin intervencion de la

---

(1) Ulp. reg. tit. 19. §§ 4 y 5.

(2) Ib tit. 20. § 8.

(3) Gay. 2. § 275.—Ulp. Reg. tit. 25. § 7.

(4) Ins. 3. 7. 4.—Gay 3. § 56 y sig.

(5) Gay. 1. § 28 y sig.—Ulp. Reg. tit. 3. 1 y sig.

(6) Esta forma se habia introducido por la ley Ælia Sentia, solamente para los que teniendo ménos de treinta años en el momento de su manumision, no habian sido libres y ciudadanos. Un senado-consulto la extendió luégo á todos los manumitidos latinos. V. Gay. *loc. cit.*—Ulpiano atribuye esta disposicion á la ley *Junia;* de donde se deduce que á lo más la ley Junia confirma lo que ya habia decidido la ley Ælia Sentia.

(7) Cod 7. T. 5 y 6.

(8) Tendrémos ocasion de decir que Justiniano no puso ninguna diferencia entre el dominio del ciudadano, nombra lo *dominium ex jure Quiritium*, y la propiedad del derecho de gentes (*Hist. del der.*, pág. 352).

ciudad, pudo hacerse ciudadano; pero ya hemos dicho el diferente valor que este título tenía en Constantinopla del que tuvo en otro tiempo en Roma.

TITULUS VI. — TÍTULO VI.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT. — POR QUIÉN Y POR QUÉ CAUSAS NO PUEDEN HACERSE LAS MANUMISIONES.

En el seno de la república romana no se hallaban establecidas por las leyes las restricciones á la facultad de manumitir : lo estaban por las costumbres y por la fuerza de las cosas. Cuando los esclavos, á causa de su gran número, se vendian ménos caros; cuando el titulo de ciudadano, que gozaba un gran número de súbditos, despojado por el naciente despotismo de los derechos que le eran anejos, se hizo ménos estimable, entónces se multiplicaron las manumisiones. En medio de las turbulencias que arruinaron la república se manifestaron los más graves abusos. Se manumitia para aumentar el número de sus partidarios, y á veces para que el esclavo hecho ciudadano recibiese su parte en las distribuciones gratuitas; muchas veces en el artículo de la muerte, para que una larga comitiva, en que todos apareciesen con el gorro de la libertad, siguiese al carro fúnebre, dando muestras de la riqueza y esplendor del difunto (*Hist. del der.*, pág. 258). Augusto, que pretendia sentar sólidamente su trono, estableciendo la tranquilidad y comprimiendo los excesos, juzgó que debia combatir las costumbres por medio de las leyes, y poner límites á las manumisiones. Tales son las causas que dieron orígen á la ley *Ælia Sentia* y á la *Furia Caninia*. En tiempo de Justiniano habia variado mucho el espíritu general de los súbditos y del gobierno : el título de ciudadano habia perdido todo su valor; el carácter de república, que todavía se conservaba en tiempo de Augusto, habia desaparecido; las costumbres y las leyes se conformaban á reglas comunes de derecho natural y de humanidad, y el emperador trataba de favorecer en un todo las manumisiones. Las leyes *Ælia Sentia* y *Furia Caninia* debieron ser derogadas ó modificadas. Las instituciones examinan la primera en este título, y la segunda en el siguiente.

Suetonio nos dice que la ley *Ælia Sentia* fué establecida por

Augusto (1); y como los fastos consulares nos designan á S. Ælio-caton y á C. Seucio Saturnio como cónsules en 757 de Roma, podemos referirla á esta época.

Esta ley tuvo una grande importancia en la legislacion; todos los jurisconsultos romanos se ocuparon mucho en examinarla, pues contenia muchas nuevas disposiciones. Las más comunes son: 1.°, la que prohibia manumitir á un esclavo que tuviese ménos de treinta años, si no era por vindicta, y con aprobacion del consejo; 2.°, la que creaba la nueva clase de manumitidos dediticios; 3.°, la que prohibia las manumisiones hechas en fraude de los acreedores; y 4.°, la que prohibia que el señor, menor de veinte años, pudiese manumitir de otro modo, sino por vindicta y con aprobacion del consejo (2). Ya hemos examinado los dos primeros números, y en este título nos ocuparémos de los dos últimos.

Non tamem cuicumque volenti manumittere licet; nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

Sin embargo, no es lícito á cualquiera manumitir cuando quiere; pues si la manumision se hace en fraude de los acreedores, nada se hace, porque la ley Ælia Sentia no lo permite.

Todo lo que es relativo á esta disposicion se ha conservado.

Veamos primero lo que es manumitir en fraude de los acreedores. Supóngase que un hombre debe á cualquiera uno de sus esclavos, porque se lo ha vendido, porque se ha obligado por estipulacion á entregárselo, ó por cualquiera otra causa; ó supóngase que este esclavo se haya dado en prenda para seguridad de una deuda; es evidente que, manumitiéndolo el señor, causaria perjuicio al acreedor, á quien se le debe, ó á quien se ha dado en prenda. Lo mismo sucederia si un hombre que no tuviese bastantes bienes para pagar todas sus deudas manumitiese algunos esclavos, aumentando de esta manera su insolvencia, ó si teniendo con que pagar á todos sus acreedores, por la manumision se hallase en la imposibilidad de hacerlo.—En todos estos casos habia perjuicio; pero para que hubiese fraude se exigia una segunda condicion, y era que el deudor que manumitiese lo hiciese de mala fe y conociese el perjuicio que hacía. Podemos, pues, deducir que un señor manumite en fraude de los acreedores siempre que, reuniendo el he-

(1) Suet. August. c. 40.
(2) Ulp. Reg. T. I. §§ 11. 12. 13.

cho á la intencion, se imposibilita á sabiendas, por la manumision, de pagar sus deudas, ó bien hace mayor su insolvencia. Ya sabemos que por acreedor se entiende toda persona á quien se debe por cualquier causa que sea : *Creditores apellantur, quibus cuacumque ex causa actio cum fraudatore competat* (1).

Veamos ahora cuáles eran las consecuencias de este fraude. La manumision no producia efecto, y el esclavo no quedaba libre. Una infinidad de textos lo prueban hasta la evidencia : *Nihil agit; lex impedit libertatem*, dicen las Instituciones ; *libertas non competit* (2) ; *ad libertatem non veniunt* (3) ; *non esse manumissione liberum factum* (4). En efecto, era un principio entre los romanos, que la libertad, una vez dada, no podia nunca revocarse (5); la ley *Ælia Sentia*, para no violar este principio, debia impedir que se adquiriese la libertad. Es preciso no creer, sin embargo, que la nulidad tuviese lugar de pleno derecho, y que el esclavo, despues de la manumision, continuase permaneciendo en la servidumbre; frecuentemente principiaba á vivir de hecho en libertad ; pero los acreedores podian rechazar la manumision, probar el fraude, y hacer declarar, por consiguiente, que el esclavo no habia cesado de serlo.

Podia suceder que perdiesen su accion, y que el esclavo quedase realmente libre ; por ejemplo, si con posterioridad habian sido pagados (6), ó si alguno, para conservar las manumisiones, se comprometia á pagar todas las deudas (7), porque entónces ya no tenian interés ; y áun un jurisconsulto llamado Ariston, cuya opinion está reconocida en el Digesto, decide que si la manumision ha sido hecha en fraude del fisco, y éste no reclama en el término de diez años, no podrá ya la manumision ser impugnada (8). Por lo demas, es inútil decir que el señor no podia nunca aprovecharse de su fraude para hacer anular la manumision (9).—Si el deudor ha hecho muchas manumisiones, la nulidad no principia sino en aquellas que lo han reducido al estado de insolvencia : así los

(1) D. 40. 9. 16. § 2. f. Paul.
(2) D. 40. 9. 5. pr. f. Jul.
(3) Ib. 11. pr. f. Marc.
(4) Ib. 26. f. Scev.
(5) Inst. 11. 3. § 5.
(6) D. 4. 9. 26. f. Scev.—C. 7. 8. 5.
(7) Inst. 3. 11. § 6.
(8) D. 40. 9. 16. § 3. f. Paul.
(9) C. 7. 8. 5.

últimos manumitidos, necesarios para el pago de las deudas, son los únicos que permanecen esclavos (1). Si la deuda es condicional, el estado de los esclavos manumitidos queda en suspenso hasta que se cumpla la condicion (2).

I. Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut liber fiat, heresque ei *solus et necessarius*; si modo ei nemo alius ex eo testamento heres extiterit: aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is qui scriptus est, qualibet ex causa, heres non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, et recte. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius heres extiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.

1. Mas es lícito á un señor insolvente dar á su esclavo la libertad é instituirlo heredero á fin de que sea libre y su *único y necesario* heredero, con tal que en virtud de este testamento no haya otro heredero, ya porque ninguna otra persona ha sido instituida, ya porque el instituido, por una causa cualquiera, no ha llegado á ser heredero: esto es lo que rectamente ha decidido la ley Ælia Sentia, pues era indispensable establecer que las personas que se hallasen en la miseria, y que no tuviesen otro sucesor, tuviesen al ménos por heredero necesario á su esclavo, á fin de que satisfaciese á los acreedores, ó que, en caso de no hacerlo, vendiesen los acreedores los bienes hereditarios en nombre del esclavo, para que no padeciese injuria la memoria del difunto.

Solus et necessarius. Para comprender bien este párrafo, es preciso conocer dos particularidades de las costumbres y del derecho. La primera es que, cuando un ciudadano moria dejando deudas que no podia pagar, y sin tener heredero, los acreedores se apoderaban de la herencia, y la vendian en nombre del difunto, pues este último no habia sido reemplazado por nadie. Y así es que, despues de su muerte y en su propio nombre, quedaba constituido en un estado de insolvencia injurioso á su memoria. Los romanos tenian mucho empeño en librarse de esta ignominia (3). La segunda es que un esclavo, instituido heredero por su señor, estaba obligado á aceptar la herencia, y por eso se le llamaba heredero necesario (*heres necessarius*) (4): por eso sucedia que un señor que tuviese una herencia miserable, y previese que nadie querria aceptarla, nombraba á su esclavo por heredero necesario. La ley *Ælia*

(1) D. 10. 9. 24. f. Terent.
(2) Ib. 16. § 4. f. Paul.
(3) Theoph. hoc. §.
(4) Inst. 2. 19. 1.

Sentia, conformándose con las costumbres generales, y no queriendo privar de heredero al deudor insolvente, hizo en este caso excepcion de sus principales prohibiciones, y estableció que el esclavo así manumitido fuese libre, ciudadano y heredero, sin examinar si tenía ménos de treinta años, si durante su esclavitud habia sido castigado por sus delitos, ó si su manumision perjudicaba á los acreedores. Esta última parte es la única que en tiempo de Justiniano pudo todavía tener aplicacion. Se ha conservado con tanta más razon, cuanto que en este caso la intencion del deudor no es de perjudicar á sus acreedores, sino de asegurarse un heredero. Pero era necesario que en virtud del testamento no tuviese ningun otro heredero; pues en otro caso no habria sido necesario, para evitar la vergüenza del difunto, que el esclavo heredase: por lo mismo el señor no podia manumitir de este modo más que un solo esclavo; si manumitia muchos, sólo era libre y heredero el primer inscripto (1). Se ve por estas explicaciones por dónde tomaba este manumitido el nombre de *solus et necessarius heres.*

II. Idemque juris est, etsi sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur; cum non est verisimile eum quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.

2. Lo mismo sucede si se instituye heredero al esclavo sin darle la libertad. Porque en una constitucion dictada por un nuevo motivo de humanidad, hemos establecido, no sólo respecto del señor insolvente, sino en general para todos, que por el hecho sólo de ser un esclavo instituido heredero queda libre; pues no es verosímil que el señor, eligiendo un esclavo por heredero, haya querido, olvidándose de manumitirlo, dejarlo en la servidumbre y quedar sin heredero.

Era una cuestion controvertida por los antiguos jurisconsultos la de saber si la institucion de un esclavo era válida cuando no se habia declarado que se le manumitia. Encontramos un pasaje de Ulpiano en que decide que no debe aquélla valer (2); pero Justiniano, resolviendo la cuestion en una de sus cincuenta decisiones, ordenó en favor de la libertad, y porque es necesario tomar por guía la voluntad del difunto, que por sólo el hecho de la institucion de heredero el esclavo quedaba manumitido (3).

(1) Ulp. Reg. 1. § 14.
(2) Ulp. Reg. T. 22. § 12.
(3) C. 6. 27. 5.

III. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui, vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est, vel qui, datis libertatibus, desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant. Sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod ejus bona non sunt suffectura creditoribus.

3. Se juzga que manumite en fraude de los acreedores aquel que en el momento de verificarlo es ya insolvente, ó que por el hecho de la manumision debe serlo. Pero parece que ha prevalecido la opinion de que si no ha tenido ademas intencion de hacer fraude, no pueda impedirse la libertad de los esclavos, aunque los bienes de aquél no basten para los acreedores. Muchas veces esperan los hombres de su fortuna más de lo que ésta puede ofrecerles. Así, pues, la manumision no se considera como nula sino cuando los acreedores experimentan un doble fraude, es decir, ya por la intencion del que manumite, ya por el hecho mismo de la manumision, no pudiendo bastar los bienes para pagar todas las deudas.

Es un principio que, siempre que se trata de declarar que un acto es fraudulento, es preciso examinar, no sólo el hecho, sino tambien la intencion: «*Fraudis interpretatio semper in jure civile non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur*» (1). Esta máxima general se aplica aquí á la manumision hecha en perjuicio de los acreedores. Sin embargo, la opinion establecida en las Instituciones no habia sido siempre universalmente reconocida, pero era la de la gran mayoría de los jurisconsultos; por eso, dice Justiniano, *ha prevalecido*. Teófilo cita muchos ejemplos, en los cuales hay, ya intencion sin hecho, ya hecho sin intencion. No es difícil discurrir. Un señor manumite un esclavo, ignorando que una casa que posee en Constantinopla acaba de incendiarse, y que por esta pérdida ha quedado insolvente; el esclavo, sin embargo, quedará libre, porque no hay *consilium:* lo mismo sucederia si un deudor insolvente dijese en su testamento: «Si se paga á mis acreedores todo lo que se les debe, *Estico* quede libre (2).» En este último caso la manumision no será por cierto más que condicional.

No es inútil observar que, segun un senado-consulto del tiempo de Adriano, esta disposicion de la ley Ælia Sentia se aplicaba á los deudores *peregrini*, que no podian manumitir en fraude de los

(1) D. 50. 17. 79. f. Papin.
(2) D. 40. 9. 5. § 1.—40. 4. 57.

acreedores. Esto nos lo enseña Gayo en sus Instituciones (1).

IV. Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta, *apud consilium* justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.

4. Por la misma ley Ælia Sentia no se permite al señor, menor de veinticinco años (2), que pueda manumitir de otro modo que por vindicta, y despues de aprobada por el consejo una causa legítima de manumision.

Esta disposicion se ha conservado por Justiniano para las manumisiones entre vivos.

La ley Ælia Sentia exigia en dos casos que la manumision fuese hecha por vindicta con aprobacion del Consejo. Ya hemos visto el primero, relativo al esclavo que se quisiese emancipar teniendo ménos de treinta años (3); el segundo se refiere al señor que pretendiese manumitir teniendo ménos de veinte años.—Se exigia la aprobacion del Consejo, porque á esta edad no tenía el señor bastante discernimiento y habria podido dar inconsideradamente la libertad.—Se exigia una forma especial de manumision, probablemente para que hubiese en ella más regularidad, y que esta forma única estuviese más fácilmente bajo la inspeccion de la autoridad. Se habia elegido la vindicta, porque en aquel tiempo las tres formas públicas, por censo, por testamento y por vindicta, eran las únicas que daban la libertad y la ciudad; pero no se podia adoptar la primera, que sólo podia tener lugar cada cinco años, ni la segunda, que sólo producia efecto en el momento de la muerte (4).

---

(1) Gay. 1. § 47.

(2) Estas palabras de *major* y *minor* no tienen por sí mismas un sentido absoluto, pues son expresiones de comparacion, que exigen necesariamente despues de ellas el término de la comparacion: mayor ó menor de catorce años; mayor ó menor de veinte años; mayor ó menor de veinticinco años, etc. Si en nuestro *derecho* frances hemos transformado en substantivos las palabras *major* y *minor*, ha sido por una convencion, que es menester guardarse bien de trasladar al derecho romano, donde no existia. Sin embargo, los jurisconsultos romanos empleaban á veces, aunque raras, aquellas expresiones sueltas, que entónces se referian siempre á la edad de veinte y cinco años.

(3) Gay. 1. § 18.

(4) Gayo se expresa sobre este punto de la manera siguiente: *Minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis approbata fuerit* (Gay. 1. § 38). La palabra *vindicta,* colocada como en este caso, no tiene ningun sentido; por eso algunos autores la suprimen, y dicen solamente que el menor de veinte años no puede manumitir sino con aprobacion; otros, segun Niebuhr, trasponiéndola, dicen así: *Non aliter vindicta manumittere permittitur, quam si*..... etc., y deducen de esto que el menor no puede manumitir por vindicta sino con aprobacion. Estas dos opiniones son contrarias á las Institutas, y no parece que deben ser admitidas. En efecto, la ley Ælia Sentia queria limitar las manumisiones,

Apud consilium. Habia ciertas épocas dedicadas especialmente á la administracion de la justicia, durante las cuales el magistrado (los pretores) reunia en Roma una especie de *sesiones* ó *asisias*, nombradas *conventus;* y en las provincias los gobernadores (procónsules, propretores ó prefectos), que se trasladaban con este objeto á las principales ciudades. En Roma, y por consiguiente en Constantinopla, estaban destinados ciertos dias de la misma sesion para que se reuniese el consejo de que aquí se trata, cuyo consejo se componia del pretor, de cinco senadores y de igual número de caballeros. En las provincias se reunia el último dia de la sesion (1), y constaba de veinte recuperatores (*Hist. del der.*, página 35).

V. Justæ autem manumisionis causæ hæc sunt: *veluti*, si quis *patrem aut matrem*, filium filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut pedagogum, aut nutricem, æducatoremve, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum, *procuratoris habendi gratia;* aut ancillam, *matrimonii habendi causa:* dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa cau-

5. Las causas legítimas de manumitir son las siguientes: si alguno, por ejemplo, quiere mununmitir á su *padre* ó á su *madre*, á su *hijo* ó á su *hija*, á su *hermano* ó á su *hermana* natural, á su preceptor, á su nodriza, al hijo de ésta, su hermano ó hermana de leche, el compañero ó compañera de enseñanza, ó su esclavo para hacer de él su *procurador*, ó una esclava para *casarse con ella*, con tal que se haga el matrimonio dentro de seis meses, á mé-

exigiendo en ciertos casos la aprobacion del Consejo; estaba en su espíritu fijar tambien un solo modo de manumision, que estuviese bajo la inspeccion de la autoridad; hemos probado que no podia escogerse otra sino la vindicta. Es cierto que para la manumision de un esclavo menor de treinta años se exigia este modo especial y la aprobacion del Consejo (Gay. 1. § 18, Ulp. Reg. 1. § 12). La analogía sola bastaria para hacer inferir que sucedia lo mismo para la manumision hecha por un señor menor de veinte años; pero las instituciones lo dicen formalmente: Gayo lo dice tambien: es cierto que esta frase está un poco alterada; pero en lugar de suprimir la palabra *vindicta*, en lugar de hacer la trasposicion de Nieburh ú otras que se han propuesto, haré una más simple: *Non aliter manumittere permittitur quam vindicta, si, apud consilium.....* etc., y ésta la confirma completamente Gayo, cuando dice más léjos: «Habiéndose establecido un modo especial de manumision para los señores menores de veinte años, se sigue de aquí que no pueden manumitir por testamento» (Gay. 1. § 40). En cuanto al § 41, en que Gayo dice que el menor, aunque no quiera hacer más que un manumitido latino, se ve obligado á pedir la aprobacion, y que puede entónces manumitir *entre amigos*, no veo en esto ninguna contradiccion á lo que llevamos dicho. Para manumitir verdaderamente un esclavo, y hacerlo ciudadano, no podia emplear más que la vindicta; pero para ponerlo en libertad, sin la calidad de ciudadano, podia manumitir entre amigos. Del mismo modo, para hacer libre y ciudadano á un esclavo menor de treinta años, era precisa la vindicta y la aprobacion; pero por testamento se podia de hecho ponerlo en libertad, sin el derecho de ciudad (Ulp. Reg. § 12). Sólo faltaria una sola consideracion muy poco concluyente para destruir las que acabamos de exponer; y es que Teófilo, Ulpiano, y el antiguo jurisconsulto, del que hay un fragmento sobre las manumisiones, al tratar de esta materia no hablan de ningun modo de vindicta (Teof. hoc §.—Ulp. Reg. 1 § 13.—Fragm. vet. jure).

(1) Se pueden ver en la paráfrasis de Teófilo acerca de este párrafo pormenores interesantes sobre este *conventus* y este *consilium*, que concuerdan con los dados por Gay. 1. § 20.

sa impediat; et qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem et septem annis manumittatur.

nos de haber impedimento legal; y el que es manumitido para ser procurador, no puede ser manumitido teniendo ménos de diez y siete años.

Veluti. Las causas indicadas en este lugar no son más que ejemplos, y la palabra *veluti* lo prueba bastante. Otras se citan en el Digesto, como si el esclavo hubiese salvado la vida ó el honor de su señor (1).

Patrem aut matrem. Puede suceder de muchas maneras que un hombre libre tenga bajo su poder á su padre ó á su madre, á su hermana ó á su hermano. Teófilo cita los ejemplos siguientes: si un hijo, hallándose en servidumbre con su padre, su madre, sus hermanas, etc., es manumitido por su señor é instituido heredero, se hallará siendo dueño de sus parientes. Si un hombre que ha tenido hijos de una esclava, tiene por consiguiente un hijo legítimo que le sucede, éste tendrá bajo su poder á sus hermanos ó hermanas naturales.

Procuratoris habendi gratia. Es preciso observar que se exige en este caso que el esclavo tenga por lo ménos diez y siete años cumplidos. Si tuviese ménos edad, no se podria confiarle la direccion de los negocios del menor; y por otra parte no podria, en los casos en que fuese necesario, postular, es decir, exponer ante el juez la demanda ó la defensa de su patrono, porque para esto era preciso tener diez y siete años (2). Por lo demas, no sólo para encargarlo de postular se manumitia al esclavo, sino, como dice Teófilo, á fin de que, siendo libre, pudiese, sin obstáculo alguno, dirigir los negocios. Siendo esclavo, hubiera podido administrar; pero no hubiese tenido en toda su extension la capacidad de un hombre libre.

Matrimonii habendi causa. Era necesario que el señor manumitiese la esclava para casarse con ella, y no para casarla con otro (3). Si el casamiento era imposible, no podia servir de motivo de manumision; por ejemplo, si el menor de veinte años era castrado (4). Las mujeres no podian ser por esta razon autorizadas á manumitir, á no ser en caso excepcional (5). La manumision, segun un

---

(1) D. 40. 2. 9. f. Marci.
(2) D. 3. 1. 1. § 3. f. Ulp.
(3) D. 40. 9. 21.
(4) D. 40. 2. 14. § 2. f. Marci.
(5) Ib.

senado-consulto, no podia tener lugar sino con juramento hecho por el señor de casarse con la manumitida dentro de seis meses (1). Hasta que el matrimonio se verificase, el estado de la esclava quedaba en suspenso. Si pasaban los seis meses sin haberse verificado el matrimonio, quedaba aquélla considerada como si nunca hubiese sido manumitida, á ménos que no hubiese un impedimento legal; como, por ejemplo, si el señor hubiese muerto, ó si hubiese sido hecho senador, porque ya en este caso no podia casarse con una manumitida.

VI. Semel autem causa aprobata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.

6. Mas, una vez aprobado el motivo, ya sea verdadero ó falso, no es posible retractarse.

Aunque en general hubiese el medio de la apelacion contra los juicios, no sucedia lo mismo en la materia de que tratamos. Se podia, dice Marciano (2), y despues de él Teófilo, disputar el motivo ante el consejo; pero, una vez aprobado, no es posible ya revocar la aprobacion. Habiendo tenido lugar la manumision, sería imposible hacerla revocar, sosteniendo que la causa era falsa ó simulada.

VII. Cum ergo *certus modus manumittendi* minoribus viginti annis dominis per legem Ælia Sentiam constitutus sit, eveniebat ut qui quatuordecim annos expleverat, licet testamentum facere, et in eo sibi hæredem instituere, legataque relinquere posset; tamen, si adhuc minor esset viginti annis libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferundum, si is cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat, uno servo libertatem dare non permittebatur. Quare nos similiter ei, quemadmodum alias res; *ita et servos suos* in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut et libertatem eis possit præstare. Sed cum libertas inestimabilis res sit, et propter hoc ante XX ætatis annum anti-

7. Habiendo sido establecido por la ley Ælia Sentia *un modo especial de manumitir* con respecto al señor menor de veinte años, resultaba que el que tenía catorce años cumplidos, aunque pudiese hacer un testamento, y en él instituir su heredero y hacer legados, no podia, sin embargo, si tenía ménos de veinte años, dar la libertad á un esclavo. No podia tolerarse que el que en su testamento disponia de toda su fortuna no pudiese hacer una sola manumision. Por esto le hemos permitido que disponga á su voluntad por testamento *de sus esclavos* como de sus demas bienes, y que pueda manumitirlos. Sin embargo, como la libertad es inapreciable, como la antigüedad prohibia por esta razon darla á un esclavo ántes de los vein-

(1) D. 13. f. Ulp.
(2) Ib. 9. § 1. f. Marci.

quitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos, mediam quodammodo via eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem testamento dare servo suo concedimus, *nisi* XVII *annum impleverit*, et decimum octavum tetigerit. Cum enin antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concesserit, cur non etiam sui judiciis tabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

te años, hemos permitido, tomando en cierto modo un término medio, la manumision por testamento al menor de veinte años, *con tal que haya cumplido los diez y siete años y entrado en los diez y ocho.* Mas permitiéndoles la antigüedad á esta edad postular por otro, ¿por qué no se les habrá de juzgar con un juicio bastante seguro para merecer el derecho de dar la libertad á sus esclavos?

Certus modus manumittendi. De que el menor de veinte años, autorizado por el consejo no pudiese manumitir sino por vindicta, se deducia, en efecto, la consecuencia de que no podia en manera alguna dar libertad por testamento.

Ita et servos suos. El motivo dado por Justiniano de que era insostenible que no se pudiese disponer de sus esclavos como de sus otros bienes, no es justo. El menor de veinte años podia, áun bajo la ley *Ælia Sentia,* disponer por testamento de sus esclavos como de sus otros bienes. Porque ¿qué podia hacer de éstos? dejarlos á su heredero, darlos en legados y por fideicomisos; ¿y no podia hacer todo esto de un esclavo? Pero dar á este esclavo la libertad no era disponer simplemente de su propiedad, pues lo hacía libre y ciudadano, siendo la ciudad parte en este acto; y pudiéndose sin disputa prohibirle esto, miéntras que se le permitiesen las enajenaciones. La disposicion de la ley *Ælia Sentia* era conforme al espíritu de la república; la de Justiniano conforme al espíritu de humanidad, que dirigió su legislacion sobre manumisiones.

Nisi XVII annum impleverit. Véase una aplicacion del principio de que se puede muy bien tener la facultad de enajenar su esclavo como sus otros bienes, sin tener la de manumitirle. Aunque se pudiese testar á los catorce años, el emperador decide que no se pueda dar libertad por testamento hasta los diez y siete. Por lo demas, casi ocho años despues concede por una novela el derecho de manumitir cuando se pudiese testar: «*Sancimus ut licentia sit minoribus in ipso tempore, in quo licet eis testari de alia substantia etiam servos suos in ultimis voluntaibus manumittere*» (*Nov.* 119. c. 2).

TITULUS VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertates impedientem, et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus; cum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

TÍTULO VII.

DE LA DEROGACION DE LA LEY FUSIA CANINIA.

La ley Fusia Caninia (1) habia constituido un cierto modo de manumitir á los esclavos por testamento. Juzgamos que debe ser derogada como un obstáculo, en cierto modo odioso, puesto á las manumisiones, siendo bastante inhumano que los vivos tuviesen en cierto modo facultad de dar libertad á todos sus esclavos, á no impedirlo otra causa cualquiera, y privar á los que están próximos á la muerte de semejante facultad.

Respecto de las manumisiones entre vivos, el interes del señor, que se privaba de una propiedad privándose de su esclavo, aseguraba hasta cierto punto de que guardaria miramiento en el número de los esclavos emancipados; mas el que muere, si no deja herederos á los cuales se interese, no conteniéndose ya por un interes personal, podrá dar libertad sin templanza á un gran número de sus esclavos, estimulado por un sentimiento de generosidad ó de orgullo. Esto sucedia en efecto; y entre los romanos habia, en que el acompañamiento fúnebre fuese seguido de una multitud de manumitidos, cubiertos con el gorro de la libertad, el mismo orgullo que en nuestros dias ostentan los que en ciertas ciudades hacen que sea seguido de un gran número de pobres á quienes han vestido (2). La ley *Fusia Caninia*, expedida cuatro años despues de la ley *Ælia Sentia*, en 761, bajo el consulado de Furio Camilo y C. Caninio Galo (3), establece que el que no tuviese más que dos esclavos pudiese manumitirlos ambos; si tuviese más de dos hasta diez, la mitad; más de diez hasta treinta, la tercera parte; de treinta hasta ciento, la cuarta parte; de ciento hasta quinientos, la quinta parte; pero nunca se podia por testamento dar libertad á más de ciento. Los esclavos debian ser designados por su nombre. Si habia más de los que la ley permitia, sólo los primeros eran

(1) Los diversos textos de las instituciones dicen *Fusia;* pero en Gay. y en Ulp. se lee *Furia.*
(2) Dion. Cas. 4. 24.
(3) Suet. Aug. c. 40.

manumitidos (1). Todo lo que se hacía en fraude de la ley era nulo. De donde se inferia que si los nombres habian sido escritos en círculo para que no se pudiesen distinguir los primeros de los últimos, ninguno de los esclavos era libre (2). Todo esto está derogado.

De la condicion de los manumitidos.

En la promulgacion de las Instituciones, aunque no hubiese ya entre ingenuos y manumitidos una línea de division tan marcada como en tiempo de la república romana, sin embargo, la ley áun establecia algunas diferencias. Así, por ejemplo, un senador no habria podido contraer matrimonio con una manumitida. Pero seis años despues de esta promulgacion, en 539 de J. C., suprimió Justiniano en una novela estas diferencias, concediendo á los manumitidos el derecho del anillo de oro (3), el de regeneracion (ya hemos explicado lo que se entiende por esto) y no conservando más que los derechos de patronato (4). El esclavo debia á su patrono una nueva vida, la vida civil; y como entrase en la sociedad solo y sin familia, se le habia agregado en cierta manera á la del que manumitia. De aquí procedian los derechos de patronato, que se componian de tres partes distintas: 1.°, *obsequia;* 2.°, *operæ;* 3.°, *jura in bonis.*—1.° Se entiende por *obsequia* todo lo que se refiere al respeto, al reconocimiento y afecto que el manumitido debe á su patrono. El Digesto trata justamente, y poniéndolos en una misma línea, los deberes de los manumitidos hácia sus patronos, y los de los hijos hácia sus ascendientes (5); «*Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet*» (6). El manumitido no puede citar á su patrono á juicio, sin obtener

(1) G. 1. § 42 y sig.—Ulp. T. 1. §§ 24. 25.

(2) G. 1. § 16.

(3) Es cierto que el derecho de usar anillos, áun de hierro, se hallaba en los primeros tiempos reservado á cierta clase de ciudadanos, como senadores, patricios y caballeros (*Pl. Historia natural*, 33. 1.—*Tit. Liv.* 23. 11). Pero este derecho se extendió, y todos los ingenuos llevaron anillos de oro. No indicaban ninguna dignidad, puesto que Justiniano, queriendo asimilar los manumitidos á los ingenuos, les concedió á todos el derecho de anillo de oro: *Qui libertatem acceperit, habebit subsequens mox et aureorum et annulorum et regenerationis jus* (Nov. 78. C. 1.). Desde entónces los anillos de oro no indicaron más que la calidad del hombre libre.

(4) Nov. 78, c. 1 y 2.

(5) D. 37. 14.

(6) Ibid. 9. f. Ulp.

prévio permiso del magistrado (*sine permissu prætoris*) (1). No puede intentar contra él una accion infamatoria, ni exigir de él más de lo que permitan sus facultades, cuando ocurra que sea su deudor (2). Le debe suministrar alimentos en caso de necesidad (3). El que hubiese insultado á su patrono, ó cometido contra él algun delito, sería condenado como ingrato á sufrir alguna pena ó áun á volver á la servidumbre, segun la gravedad de su falta (4).—2.º Se entiende por *operæ* los servicios que el manumitido prometia á su patrono, que consistian en trabajo como doméstico ó en trabajo como operario (*sive in ministerio, sive in artificio consistant*); pero estos servicios no eran debidos de pleno derecho y en virtud de la ley. El esclavo no estaba obligado á ellos sino cuando su señor lo habia manumitido bajo tal condicion, y se los habia hecho prometer por juramento ó por estipulacion. Se fijaba comunmente cuál habia de ser la extension de estos servicios (5). —3.º En fin, los derechos sobre los bienes del manumitido eran derechos de sucesion, que examinarémos más adelante (6).

Entre los manumitidos, ó tal vez será mejor decir entre los esclavos, hay algunos de quienes no podemos dejar de hablar: tales son los que se llamaban *statu liberi*, libre por destino, porque se hallaban destinados á obtener una libertad, que momentáneamente estaba suspendida por un término ó por una condicion (*qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet*) (7). «*Que mi esclavo Syro sea libre dos años despues que mi heredero haya recogido mi sucesion*, ó bien *si acaba de pintar el pabellon que he mandado construir.*» Hasta que hayan pasado los dos años, ó hasta que el pabellon haya sido pintado, el esclavo será *statu liber;* en esta posicion apénas se diferenciaba de los demas esclavos del heredero, de tal modo, que los hijos de la mujer *statu libera* eran esclavos : *Statu liber quamdiu pendet conditio, servus heredis est;— Statu liberi cœteris servis nostris nihilo pene differunt* (8). El señor podia obtener de él todos los servicios y todos los frutos; podia

(1) D. 2. 4. 4. f. Ulp.
(2) Inst. 4. 6. 38.
(3) Dig. 25. 3. 5. § 19. f. Ulp.
(4) Dig. 37. 14. 1. fr. Ulp.; 5. fr. Marcian.; 7. § 1. fr. Modest.
(5) D. 38. 1.
(6) D 38. 2.
(7) D. 40. 7. 1. f. Paul.—Ulp. Reg. T. 2.
(8) Ulp. Reg. 2. § 2.—D. 40. 7. 29. f. Pomp. Ib. fr. 9.

venderle y donarle; pero en estos cambios de situacion, el esclavo no perdia el derecho suspendido ó condicional que tenía á la libertad. Así, aunque hubiese pasado á manos de un tercero, por venta, donacion ó legado, no importaba ; cuando llegase el dia, cuando la condicion se cumpliese, quedaba libre.—Es preciso colocar entre los *statu-libres* á los esclavos manumitidos en fraude de acreedores: «*Nam dum incertum est, an creditor jure suo utatur, interim statu liberi sunt*» (1). Pero habia respecto de éstos una cosa particular, y era que hasta que el acreedor se hubiese opuesto á la manumision, de hecho gozaban de libertad.—En cuanto á los esclavos manumitidos por fideicomisos, aunque hubiese una grande analogía entre ellos y los statu-libres, sin embargo, hay muchas leyes que indican que habia alguna diferencia (2). Así el heredero no podia vender al esclavo manumitido por fideicomiso, y si lo hacía, podia este último obligar al heredero á recobrarlo, á fin de ser manumitido por él, y no por el otro (3).

ACCIONES RELATIVAS Á LOS DERECHOS DE LIBERTAD, DE CIUDAD Y DE INGENUIDAD.

Por la libertad se daba una accion al que queria dirigirse contra un hombre que pasaba por libre, pretendiendo que era esclavo y que le pertenecia : se daba tambien otra al que pasando por esclavo, por ejemplo, por haber sido aprehendido de niño por unos piratas, y reconociendo su cualidad de hombre libre, quisiese dirigirse á la justicia para hacerla declarar (*ad libertatem proclamare*). Lo podia, por largo que fuese el tiempo que hubiese pasado en la servidumbre; y áun si él no lo hacía, sus hijos, sus ascendientes ó sus demas parientes podian hacerlo contra su voluntad. Entónces tenía lugar el proceso ó litigio llamado *causa liberalis* (4).—*Por la ingenuidad* se daba una accion al que se dirigia contra un hombre que pasaba por ingenuo, sosteniendo que habia sido esclavo suyo y que era su manumitido. Se daba tambien otra al que, pasando por manumitido, queria obrar en justicia para hacer reconocer que era ingenuo. Tal era, por ejemplo, el que, habiendo sido

(1) D. 40. 7 1. § 1.
(2) D. 35. 3 37.—49. 15. 12. §§ 10 y 14.
(3) D. 40. 5. 15. f. Modest.
(4) D. 40. 12 y 13.—Cod. 7. 16.

vendido por piratas, hubiese sido manumitido por el comprador. Si despues de la manumision reconocia su estado, podia tratar de probar que esta manumision no podia perjudicar á sus derechos de nacimiento, y que era ingenuo (1). Debia obrar en los cinco años que siguiesen á la manumision, pues de no hacerlo, su accion era perdida (2). Pero Justiniano, en el Código, suprimió esta prescripcion (3).—Estas diversas acciones sobre el estado de los hombres eran del número de las que se llamaban *prejudiciales* (*præjudicia*), y de las cuales en adelante fijarémos su carácter (4). No podian intentarse sino ante jueces superiores (*apud competentes maximos judices*) (5), tales como los rectores, los presidentes en las provincias, los pretores y cónsules en Constantinopla. Ofrecian el medio de sancion de todas las reglas que acabamos de exponer.

TITULUS VIII.

DE HIS QUI SUI, VEL ALIENI JURIS SUNT.

TÍTULO VIII.

DE LOS QUE SON DUEÑOS DE SÍ MISMOS Ó SE HALLAN BAJO EL PODER DE OTRO.

Se trata aquí de los hombres considerados en la familia. Es preciso pintar la familia romana como existia segun las primitivas costumbres, á fin de poder descubrir los vestigios, bastante borrados, que se reconocen todavía en tiempo de Justiniano.

Ya hemos trazado este cuadro en su totalidad (*Gener. del derecho romano*, p. 30 á 45); es preciso entrar en detalles. El principio que hemos establecido consiste en que la familia romana no es una familia natural, sino una familia civil, cuyo fundamento es, no ya el vínculo de la sangre, sino el *poder*.

Cada familia formaba, en medio de la sociedad general, una sociedad particular sometida á un régimen despótico. Al frente de ella se hallaba un jefe (*pater familias*) (6), señor de sí mismo (*sui juris*); en la propiedad de este jefe se hallaban las personas que se llamaban *alieni juris*, es decir, sometidas al poder de otro, á saber:

---

(1) D. 40. 14.
(2) D. 40. 14. 2. § 1.
(3) C. 3. 22. 6.
(4) Inst. 4. 6. 13.
(5) C. 3. 22. 6.
(6) *Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet* (D. 50. 16. 195. § 2. f. Ulp.).

1.°, sus esclavos; 2.°, sus hijos, cualquiera que fuese su edad, y los descendiëntes de sus hijos varones; 3.°, su mujer en ciertos casos; y 4.°, los hombres libres que habia adquirido por emancipacion. La palabra *familia*, y más comunmente *domus*, indicaban en un sentido general la reunion de todas estas personas (*Hist. del derecho*, p. 60; *Gener. del der.*, p. 27).

Entre los que eran *alieni juris*, unos se hallaban ligados al jefe sólo por vínculos de propiedad, como los esclavos y los hombres libres adquiridos por emancipacion; los demas se unian á él y entre sí por vínculos de un parentesco civil, como la mujer, sus hijos y sus descendientes. Este parentesco se llamaba *agnacion*. La mujer y los hijos sometidos al jefe de la familia le pertenecian y eran propiedad suya: todos entre sí, en ellos comprendido el jefe, eran *agnados*. La palabra *familia*, en un sentido más limitado, pero más frecuentemente usado que el anterior, designaba al jefe, á la mujer y á los hijos sometidos á su poder (*Gener. del der. rom.*, página 27) (1).

Cuando el jefe moria, la familia que habia estado ántes á él sometida se descomponia en muchas pequeñas, regidas por cada hijo, que se hacía independiente; pero el vínculo de agnacion no se rompia, pues continuaba existiendo entre estas diversas familias, y áun comprendiendo á los nuevos individuos que nacian. Se hubiera dicho que el jefe primitivo, aquel á quien habian en otro tiempo obedecido, ellos ó sus ascendientes, los tenía todavía bajo su autoridad, pues al ménos la memoria de este jefe era el lazo que los estrechaba (*Hist. del der.*, p. 106); entre sí eran todos agnados. La palabra *familia*, en otra tercera acepcion, designaba la reunion de todos estos agnados; reunion que formaba una gran familia, compuesta de otras diversas pequeñas, que á la muerte del jefe comun habian principiado á ser regidas por jefes diferentes, continuando, sin embargo, ligadas por la agnacion (*Generalizacion del der. rom.*, p. 44, diversas acepciones de la palabra *familia*) (2).

Á la teoría de la familia se asocia inmediatamente la del parentesco, de la que ya hemos expuesto las principales nociones (*Generalizacion del der. rom.*, p. 41).

---

(1) *Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate aut natura, aut jure subjectæ* (Ib.).— *Familiæ appellatione et ipse princeps familiæ continetur* (Ib. f. 196. Gay.).

(2) *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum. Nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, quæ sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et genti proditi sunt* (D. 50. 16. 195. § 4. f. Ulp.).

El parentesco en general se llamaba cognacion (*cognatio*), y los parientes, cognados (*cognati, quasi una communiter nati*).—La cognacion, dice Modestino, viene á veces del derecho civil, algunas veces de la naturaleza, y otras del uno y de la otra.—De la naturaleza sola, por ejemplo, por el parentesco, por parte de las mujeres, porque los hijos no están en la familia de su madre.—Del derecho civil sólo, cuando provienen de una adopcion.—Del derecho civil y de la naturaleza, cuando es producida por justas nupcias entre los miembros de una misma familia.—La cognacion natural conserva el nombre de *cognacion;* en cuanto á la cognacion civil, lleva este nombre genérico; pero, hablando propiamente, se nombra *agnacion* (1).

La agnacion, vínculo puramente civil, no se referia en manera alguna, como se ha visto, al parentesco natural, sino sólo á la cualidad de individuo de la misma familia, que resultaba de un vínculo de poder. Á esta cualidad de agnado habia asociado el derecho civil de los romanos todos los derechos, tales como los de tutela y sucesion, que los demas pueblos dan á las relaciones de sangre. Si está en la misma familia, pues, es *agnado* y goza de todos los derechos que da esta cualidad; si está en familias diferentes, no es *agnado*, y no tiene derecho; que, por lo demas, sea pariente natural ó no, poco importa. El extranjero introducido en la familia por la adopcion, y la mujer por el poder marital, adquieren en ella todos los privilegios de la agnacion. Pero que un individuo de la familia sea expulsado de ella por el jefe, todos sus vínculos se rompen y de todas las ventajas se ve privado. De la misma manera ningun derecho se concede á los parientes por parte de las mujeres, porque no entran en la familia de su madre; ningun derecho, en fin, ni á la madre respecto de sus hijos, ni á los hijos respecto de su madre, cuando ésta no se halla ligada á la familia por el poder marital.

La cognacion propiamente dicha, es decir, el parentesco natural solo, no daba ningun derecho de familia, ni derecho de tutela, ni derecho de sucesion. Su principal efecto era, en ciertos casos, poner un obstáculo al matrimonio.

Tal era el derecho civil en toda su pureza, en cuanto á las ideas generales sobre la familia y parentela; pero ha tenido algunas

---

(1) D. 38. 10. 4. § 2. f. Modest.

modificaciones. Bajo el primer aspecto, verémos que el número de las personas *alieni juris* se ha disminuido; porque los hombres libres, desde el tiempo de los primeros emperadores, dejaron de darse en mancipacion, y las mujeres no fueron ya propiedad de sus maridos. Bajo el segundo aspecto, aunque se distinguian los agnados de los parientes que no lo son, sin embargo, se concedian ya muchos derechos civiles al parentesco natural. Los pretores empezaron, los emperadores aumentaron estos derechos, y Justiniano los consagró.

Despues de esta consideracion general, pasemos á los pormenores.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ *sui juris* sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum quæ alieno juri subjectæ sunt, *aliæ sunt in potestate parentum*, *aliæ in potestate dominorum*. Videamus itaque de his quæ alieno juri subjectæ sunt; nam, si cognoverimus quæ istæ personæ sunt, simul intelligemus quæ sui juris sunt. Ac prius dispiciamus de his quæ in potestate dominorum sunt.

Se sigue otra division acerca del derecho de las personas: unas son *dueñas de sí mismas;* las otras se hallan sujetas al poder de otro. De estas últimas hay unas que se hallan bajo la *potestad de sus padres*, otras *bajo la de sus señores*. Veamos primero las que se hallan bajo el poder de otro; porque una vez conocidas estas personas, sabrémos por lo mismo cuáles son dueñas de sí mismas. Y primeramente examinemos las que se hallan bajo el poder de los señores.

Sui juris. La palabra *jus*, derivada de *jussum*, significa, en su acepcion primitiva, *órden*, *mandato*, segun hemos ya dicho en otro lugar: en este sentido, es esta palabra, hasta cierto punto, sinónimo de potestad (1); y véase de dónde proceden las expresiones de *sui juris*, *alieni juris*, para decir dueño de sí mismo ó sometido al poder de otro. Los que no se hallan bajo la potestad de nadie (*sui juris*) toman el nombre de *pater familias*, si son hombres, y *mater familias*, si son mujeres, cualquiera que sea su edad, no designando estas palabras en manera alguna la cualidad de padre ó de madre, sino sólo la de jefe de casa: por manera que el hijo que nace independiente (*sui juris*), desde el instante de su nacimiento es *pater familias:* «*Patres familiarum sunt, qui sunt suæ potestatis, sive puberes, sive impuberes, simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiæ, quæ sunt in aliena potestate*» (2). Sin embargo, este epíteto de *mater familias* no se daba

(1) Teófilo, hic.
(2) D. 1. 6. 4. f. Ulp.

á las mujeres deshonradas por sus depravadas costumbres (1).

Aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Las Instituciones no indican más que dos clases sometidas al poder de otro, los esclavos y los hijos; y efectivamente no existia ninguna otra que lo fuese en tiempo de Justiniano; pero antiguamente era necesario añadir la mujer que se hallaba en poder de su marido, y el hombre libre abandonado en mancipacion. Aun se habian designado por nombres estas diferentes especies de poderes. Se llamaba *potestas* el poder que tenía el jefe sobre sus esclavos y sobre sus hijos; *manus*, su poder sobre su mujer; *mancipium*, sobre el hombre entregado por mancipacion : «*Earum personarum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt* (2).»

PODER DEL JEFE SOBRE SUS ESCLAVOS É HIJOS (*potestas*).

1. In potestate itaque dominorum sunt servi : quæ quidem potestas, juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.

1. Se hallan los esclavos bajo el poder de los señores, cuyo poder es de derecho de gentes; porque casi en todas las naciones podemos observar que los señores tienen sobre sus esclavos derecho de vida y muerte; y que todo lo que adquiere el esclavo, lo adquiere para su señor.

El poder del señor se aplica á dos cosas, á la persona y á los bienes; en cuanto á la persona, se concedia al señor derecho de vida y muerte; en cuanto á los bienes, todo lo que el esclavo tenía ó adquiria era de su señer. Éste era el derecho primitivo ; examinarémos las modificaciones que ha experimentado (*Véase la historia del der.*, p. 34, 61, 165, 225). Acerca de la persona, el poder del señor permaneció intacto hasta el fin de la república; pero se templó mucho áun ántes de la introduccion del cristianismo, que vino posteriormente á ejercer en esta materia una influencia incontestable. Desde luégo, por la ley PETRONIA, que conocemos por un pasaje de las Pandectas, se privó á los señores del derecho de obligar á sus esclavos á luchar con las fieras : «*Post legem Petroniam et senatus-consulta ad eam legem pertinentia, dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere. Obla-*

(1) D. 50. 16. 46. f. ejusd.
(2) Gay. 1. 49.

to tamen judici servo, si justa sit domini querela, sic pœnæ tradetur (1).» Esta ley corresponde, segun los señores Haubold y Hugo, á los últimos años del reinado de Augusto (764 de R.), aunque Otoman y otros autores la supongan del tiempo de Neron, año de 814, en cuya época ya no habia leyes ni plebiscitos.— Adriano (870 de R.), segun lo que nos dice Esparciano (2), prohibia que los esclavos fuesen muertos, á no ser en virtud de condenacion del magistrado, y sabemos que este emperador desterró por cinco años á una mujer que habia tratado cruelmente á sus esclavas : «*Divus etiam Hadrianus Umbriciam quamdam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset* (3).» En fin, Antonio Pío (914 de R.) castigó como homicida á todo señor que matase á su esclavo, y tomó disposiciones para que estos últimos no fuesen tratados con excesiva crueldad. Constantino confirmó estas disposiciones, permitiendo únicamente á los señores que azotasen con moderacion á sus esclavos (4), y Justiniano conservó las constituciones de estos dos emperadores.

II. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet, *sine causa legibus cognita*, in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur, quam *qui alienum occiderit*. Sed et major asperitas dominorum, ejusdem principis constitutione, coercetur; nam consultus a quibusdam præsidibus provinciarum de is servis, qui ad ædem sacram vel *ad statuam principum confugiunt*, præcepti ut, si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos *bonis conditionibus* vendere, ut pretium dominis daretur; et recte. Expedit enim Reipublicæ, ne sua re quis male utatur. *Cujus rescripti* ad Ælium Martia-

2. Pero en el tiempo presente no es permitido á ninguno de nuestros súbditos tratar con crueldad y *sin causa conocida por las leyes*, á sus esclavos, porque, segun una constitucion del emperador Antonino, el que sin causa mata á su esclavo debe ser castigado como el que *mata al esclavo ajeno;* mas por esta constitucion se reprime la excesiva aspereza de los señores; porque, consultado por algunos presidentes de las provincias acerca de los esclavos que se acogen á los edificios sagrados, ó *á la estatua de los emperadores*, dispuso Antonino que si el trato del señor se juzgase insoportable, fuese obligado á vender sus esclavos *bajo buenas condiciones*, y que se le entregase el precio; disposicion muy justa, pues aun el Estado tiene interes en que ninguno use mal de sus cosas. Las palabras de este rescripto dirigido á Emilio Marciano,

(1) D. 49. 8. 11. § 2. f. Modest.
(2) In Hadrianum C. 18.
(3) D. 1. 6. 2. *in fin.* f. Ulp.
(4) C. 9. 14.



num emissi verba sunt hæc : Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi; sed *dominorum interest*, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt; et, si vel durius habitos quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Qui si meæ constitutioni *fraudem fecerit*, sciet me admissum severius executurum.

son las siguientes : Conviene conservar ileso el poder de los señores sobre sus esclavos, y no privar á nadie de sus derechos ; pero *interesa á los señores* que no se niegue la proteccion contra la crueldad, la hambre ó un rigor intolerable, á los que justamente imploran socorro Por lo tanto entiende en los agravios de aquellos de la familia de Junio Sabino que se han refugiado á la estatua, y si te han probado que han sido tratados con más dureza de lo que la equidad permite, ó con una injuria infame, mándalos vender, para que no vuelvan al poder del señor ; y si éste trata por medio de subterfugios de *eludir mi constitucion*, que tenga entendido que la haré ejecutar con mayor severidad.

Sine causa legibus cognita. El señor tendria un motivo legítimo de matar á su esclavo, si lo sorprendiese en adulterio con su hija ó su mujer (1), ó si, acometido por él, se viese obligado á matarle en propia defensa (*Teófilo, hic*).

Qui alienum occiderit. El matador del esclavo de otro podia ser perseguido, en virtud de la ley Cornelia, como homicida, y como tal castigado con la muerte ó la deportacion : «*Si dolo servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat* (2).» Así, el señor que sin motivo hubiese muerto á su esclavo sería castigado con la misma pena.

Ad statuam principum confugiunt. Los templos y las estatuas de los príncipes eran objetos sagrados, que ofrecian un asilo, que nadie podia violar sin hacerse culpable por un delito de lesa majestad (3) ó de sacrilegio. Así los esclavos que á ellas se acogian, escapaban por el momento de la crueldad de sus señores.

Bonis conditionibus. Se acostumbraba frecuentemente vender los esclavos, someter la venta á condiciones, comunmente favorables, y á veces contrarias al esclavo. Se encuentra en el Digesto un título dedicado al exámen de estas condiciones (4) casi como

---

(1) D. 48. 5. 1. 20. y 24.
(2) D. 9. 2. 23. § 9. f Ulp.—D. 48. 8. 1, § 2. f. Marc.
(3) C. 1. 12.—Ib. 25.—Senec. 1. *De clem.* c. 18.
(4) D. 18. 7.

las siguientes : que el esclavo vendido haya de ser manumitido en tal tiempo; que la esclava no sea prostituida; que el esclavo no pueda permanecer en Roma; que sea trasportado á tal país distante; que se le ocupe en los trabajos más duros; que siempre haya de estar con cadenas, etc. Antonino prohibió que el señor pudiese, por condiciones semejantes á estas últimas, perseguir con su ódio al esclavo hasta en manos del comprador (*Toófilo hic*).

Cujus rescripti. Tenemos el ejemplo de un rescripto, no siendo difícil ver el hecho que lo motivó. Un ciudadano llamado Sabino abrumaba con malos tratamientos á muchos de sus esclavos, que, para evitarlos, buscaron éstos un asilo en la estatua del príncipe, implorando la proteccion de Elío Marciano, presidente de la provincia. No teniendo éste ninguna ley en que apoyarse para decidir en este caso, se dirigió al emperador, y le preguntó lo que deberia hacer : tenemos la resolucion de Antonino (*Teof.*).

Dominorum interest. Es interes de los mismos señores, por temor de que los esclavos desesperados no se fuguen ó se quiten la vida (*Teof.*).

Fraudem fecerit. Por ejemplo, conviniendo tácitamente con el comprador que el esclavo le será devuelto, ó bien poniendo una condicion tácita contraria al esclavo (*Teof.*).

Acerca de los bienes. El antiguo derecho se ha conservado siempre en todo su rigor : hallándose el esclavo en el número de las cosas de su señor, nada tiene que no sea de este último. Si gana alguna cosa con su industria, si descubre un tesoro, si recibe una donacion, un legado, una herencia, todo es siempre para su señor. Sin embargo, los poetas, los historiadores y los juriconsultos han hablado muchas veces del peculio de los esclavos (*peculium*). Era éste una porcion de bienes que el señor separaba de sus otras propiedades, y de los que dejaba al esclavo el goce y la administracion. El esclavo con su trabajo trataba de aumentar su peculio; aunque, rigorosamente hablando, este peculio correspondiese á su señor, sin embargo, gozaba de él el esclavo, habiendo llegado las costumbres hasta impedir que el señor se lo quitase á su antojo. Muy comunmente compraba el esclavo la libertad al precio de este peculio (1).

(1) C. Th. 4. 8. const. 3.

TITULUS IX. / TÍTULO IX.

DE PATRIA POTESTATE. / DE LA PATRIA POTESTAD.

El jefe de la familia, que era propietario de sus hijos lo mismo que de sus esclavos, tenía derechos sobre sus personas y bienes. Sobre sus personas, derecho de vida y muerte, derecho de venderlos y de exponerlos (1) (*Hist. del der.*, p. 34 y 61). La historia nos refiere el ejemplo de más de un padre juzgando á sus hijos en una asamblea de parientes y condenándolos á muerte (2). Sin embargo, el amor paternal, las costumbres, y por consiguiente las leyes, templaron este poder. Un fragmento del Digesto nos muestra que Trajano (año 867 de R.) obligó á un padre á librar á su hijo de su poder, porque lo habia tratado inhumanamente (3). — Del mismo modo Adriano (870 de R.) condenó á la deportacion á un padre que, yendo de cacería, habia muerto á su hijo, culpable de adulterio con su madrastra; porque, dice Marciano refiriendo este hecho, *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate, consistere* (4). Decia Ulpiano, en uno de sus escritos, que un padre no puede matar á su hijo sin forma de juicio, y que debe acusarle ante el prefecto ó ante el presidente (5). Alejandro Severo (981 de R.) escribia á un padre, en una constitucion inserta en el código: « Tu potestad paterna te da el derecho de castigar á tu hijo; y si persevera en su conducta, puedes, valiéndote de un medio más severo, presentarlo ante el presidente de la provincia, que le impondrá el castigo que pidas » (6).

En fin, hallamos tambien en el código una constitucion de Constantino (1065 de R.), que condena á la misma pena que al parricida al padre que hubiese muerto á su hijo (7). Así vemos que, cuando desapareció la república, y el derecho natural y el de gentes se introdujeron en la legislacion, el poder correccional de los padres sobre la persona de los hijos fué contenido dentro de justos límites.—El poder de disponer de ellos tuvo tambien límí-

(1) D. 28. 2. 11.—Gay. 1. § 117.—C. 8. 52. 2.
(2) Dion. d'Hal. 2. 4.—Valer. Max.—5. c. 8.—Quintil. decl. 3.
(3) D. 37. 12. 5. f. Papin.
(4) D. 48. 9. 5. f. Marc.
(5) D. 48. 8. 2.
(6) C. 8. 47. 3.
(7) C. 9. 17.

tes. En el principio podia el padre vender á los hijos que tenía bajo su poder (*mancipare*); cuando habian causado algun daño, podia entregarlos para que lo reparasen (*noxali causa mancipare*); de esta manera no los hacía esclavos (1), sino que los ponia bajo una especie de poder particular, que examinarémos en breve (*in mancipio*). En tiempo de Gayo (925 de R.) la venta solemne de los hijos (*mancipatio*) existia todavía: es verdad que comunmente era ficticia, y tenía por objeto, como verémos, librarlos de la potestad paterna (2): en cuanto á la entrega en reparacion de un daño, se hacía todavía formalmente; pero sólo tenía lugar respecto de los hijos, y no respecto de las hijas (3). Los escritos de Paulo (965 de R.) nos indican que en su tiempo las ventas reales de los hijos no se verificaban sino en un caso de extremada miseria (*contemplatione extremæ necessitatis, aut alimentorum gratia*) (4); pero la entrega del hijo en reparacion del perjuicio que hubiese causado, se hacía siempre (5). En fin, en un rescripto de Diocleciano y Maximiano (1039 de R.), inserto en el código, se dice que no tiene duda (*manifestissimi juris*) que los padres no pueden dar á sus hijos ni por venta, ni por donacion, ni en prenda. Constantino (1059 de R.) permite en verdad venderlos, pero es al salir del seno materno (*sanguinolentes*), y cuando á ello obliga una extremada miseria (*propter nimiam paupertatem egestatemque victus*); este último derecho se ha conservado en la legislacion de Justiniano inserto en el código (6). En cuanto á la entrega en reparacion, dicen las mismas Instituciones que ha caido en desuso, y que ya no tendrá lugar (7); y en cuanto á la exposicion, hacía mucho tiempo que se hallaba condenada por las leyes (8).

Relativamente á los bienes, los derechos del padre sobre el hijo eran tan extensos como los que tenía sobre el esclavo. Como este último, el hijo no podia tener nada que no fuese de su padre, ni adquirir nada que tambien no fuese para su padre. Podia poseer un peculio, pero lo mismo que el esclavo, sólo lo disfrutaba preca-

---

(1) C. 8. 47. 10.—Gay. 1. § 117.
(2) Gay. 1. §§ 117 y 118.
(3) Gay. 4. §§ 75 y sig.
(4) Paul. Sent. 5. 1. § 1.
(5) Id. 2. 31. § 9.—D. 43. 28. 3. § 4. f. Ulp.
(6) C. 4. 43. 1 y 2.
(7) Inst. 4. 8. 7.
(8) C. 8. 52.

riamente. Sin embargo, el derecho primitivo se modificó todavía sobre este punto con relacion al hijo, miéntras que no lo fué nunca con relacion al esclavo. En tiempo de los primeros emperadores se separaron de los demas bienes los que el hijo habia adquirido en el ejército (*castrense peculium*); Constantino distinguió del mismo modo los que hubiese adquirido en los empleos de la córte (*quasi castrense peculium*); despues los que le viniesen de su madre, y de esta manera se formaron peculios sobre los cuales tuvieron los hijos de familia derechos más ó ménos amplios. Esta materia la tratarémos en su lugar correspondiente (1).

Ahora que conocemos ya los principales efectos de la patria potestad, veamos á quiénes ésta se extiende.

Se adquiria de tres maneras: 1.°, por justas nupcias; 2.°, por legitimacion, y 3.°, por adopcion. Vamos á recorrerlas sucesivamente.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptis procreavimus.

Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, á quienes procreamos en justas nupcias.

Conviene notar bien las palabras *ex justis nuptiis;* porque no daba todo matrimonio la potestad paterna, sino sólo el que los romanos llamaban «justas nupcias; matrimonio legítimo» (*justæ nuptiæ, justum matrimonium*).

I. Nuptiæ autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.

1. Las nupcias ó matrimonio consisten en la union del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligacion de vivir en una sociedad indivisible.

Esta es una definicion general de las nupcias ó matrimonio: veamos las circunstancias que deben reunirse para que haya *justas nupcias*.

II. Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus.

2. El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos.

La patria potestad era de derecho civil, y era preciso ser ciudadano para poder adquirirla. Se diferenciaba del poder sobre los es-

(1) Inst. 2. 9.

clavos en que, siendo éste de derecho de gentes, pertenecia á todo propietario. Ademas habia recibido de la constitucion y de la legislacion del pueblo romano un carácter singular, que no se hallaba en ningun otro pueblo; sin embargo, segun Gayo, los galatas tenian un poder semejante al de los romanos (1). Y de hecho la propiedad absoluta del poder sobre sus hijos se descubre en tiempos de barbarie, en la infancia de muchas civilizaciones.

III. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate; et pronepos, et proneptis, et deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascitur, in potestate tua non est, sed in patris ejus.

3. Así, pues, el que nace de tí y de tu esposa se halla bajo tu potestad. Tambien el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto ó tu nieta, y de la misma manera tu biznieto ó biznieta, y así los demas. Mas el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.

El jefe de familia tenía bajo su patria potestad á todos sus hijos del primer grado; se casaban sus hijos, y el matrimonio no los libraba de este poder; tenian hijos, y no tomaban sobre ellos la patria potestad; pero todos los hijos, y los hijos de éstos, se encontraban sometidos al mismo jefe, al padre de familia, y se criaban bajo su autoridad hasta la muerte, si alguna circunstancia no los hacía salir ántes de ella. Así se aumentaba la familia con todos los nacimientos que acontecian de varon á varon. Con respecto á las hijas, en casándose, no salian siempre de su familia paterna, sino que sus hijos no entraban nunca en esta familia: estaban bajo el poder de su padre ó del jefe de familia á quien éste se hallaba sometido, y no bajo el poder de su abuelo materno. Por eso hemos repetido muchas veces que los descendientes por hembras no son agnados, sino simplemente cognados. Y cuando una mujer era dueña de sí misma (*sui juris*), y tenía hijos de justas nupcias, ó de cualquiera otro ayuntamiento, nunca tomaba sobre ellos la patria potestad, que sólo á los hombres se hallaba reservada. Así, dice Ulpiano que la familia de que era jefe (*mater familias*) la mujer, *sui juris*, principiaba y acababa en ella: «*Mulier autem familiæ suæ et caput et finis est*» (2).

---

(1) Gay. 1. § 55.
(2) D. 50. 16. 195. § 5.

TITULUS X.

DE NUPTIIS.

TÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS.

En esta materia es preciso renunciar á las ideas de nuestra legislacion, y hasta los términos de nuestra lengua.

Nuptiæ, matrimonium, son comunmente palabras genéricas, que indican la union del hombre y de la mujer en una sociedad indisoluble, y que pueden aplicarse á todos los matrimonios, y áun á los de los extranjeros. Pero los jurisconsultos, cuando quieren especialmente designar el matrimonio segun el derecho de los romanos, tienen mucho cuidado de decir *justæ nuptiæ*, *justum matrimonium* (1). Sólo de las justas nupcias procedian la patria potestad, el parentesco civil (*agnatio*), y los derechos de familia; en una palabra, ellas formaban el único matrimonio civil; la mujer tomaba el nombre de *uxor*, y el marido el de *vir* (2).

El comercio del hombre con una concubina (*concubinatus*) no era un delito; las leyes lo permitian y áun lo reglamentaban; era bastante frecuente, pero no era honroso, sobre todo para la mujer. —En cuanto á la union de los esclavos (*contubernium*), quedaba abandonada á la naturaleza, y sólo producia vínculos naturales.

Tratemos primero de las justas nupcias.

El matrimonio, como uno de los actos más importantes de la vida humana, ha sido naturalmente en todas las naciones colocado bajo una proteccion superior, y acompañado de invocacion á la Divinidad. Así entre los romanos intervenian los dioses del paganismo en su celebracion; y cuando la religion cristiana llegó á ser la religion del Estado, no pudo dejar de santificarlo con sus ceremonias; pero en todos tiempos, y áun en el de Justiniano, fué esta intervencion puramente religiosa y sin ningun carácter legal: el matrimonio no fué considerado sino como un contrato civil, y pasó mucho tiempo ántes que la Iglesia creyese, á título de sacramento, deber apoderarse de él exclusivamente. El matrimonio no se hallaba sujeto á ninguna solemnidad. Los romanos no habian constituido su celebracion en un acto público con intervencion de

---

(1) Ulp. Reg. T. 5. §§ 1 y 2.

(2) V. General del der. rom., p. 38.

la sociedad: habian dejado completamente este contrato en la clase de los actos privados. La opinion generalmente recibida es que el matrimonio entre ellos se hacía por el solo consentimiento. Yo creo, por el contrario, que era del número de los contratos reales, y que semejante á todos estos contratos, sólo existia por la tradicion (*re contrahebatur*) (1). Era necesariamente preciso que hubiese tradicion de la mujer al marido; que la mujer hubiese sido puesta á disposicion del marido: hasta entónces sólo habia matrimonio proyectado (2).

Los contratos puramente consensuales pueden hacerse entre ausentes, por carta ó por mensajero, lo mismo que entre presentes (3). Por el contrario, se halla formalmente declarado en el derecho romano que la mujer ausente no puede casarse ni por carta ni por mensajero (4). Luego se exigia otra cosa más que el solo consentimiento.

Cuando el matrimonio se halla decidido, y han llegado el dia y hora prefijados, todos consienten en que se verifique, y sin embargo, falta en él todavía alguna cosa (5). No basta el consentimiento para completar esta cosa: ¿cuál es, pues, el acto que va á darle existencia? ¿Es alguna solemnidad, algun escrito, ó testigos especialmente llamados? De ningun modo: no existe en el derecho

---

(1) Véase una disertacion en que he establecido esta opinion (*Thémis*, año 1830, t. 10, p. 496).— Mi sabio compañero, el señor DUCAURROY, profesa otro sistema. Hace una distincion ingeniosa entre *nuptiæ* y *matrimonium*; *nuptiæ* son las ceremonias, *matrimonium* el contrato; para las ceremonias es absolutamente precisa la presencia de la mujer; para el contrato basta el consentimiento. Así todos los textos que hablan de la presencia se deben aplicar á las ceremonias, y todos los que hablan de solo el consentimiento, al contrato.—Seguramente este origen de la palabra *nuptiæ* (de *nubere*, velarse) es muy exacto; pero la palabra ha sido en seguida tomada en todas partes como enteramente sinónima de contrato. Así es que positivamente se define «*nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ*, etc.» (Dig. 23. 2. 1. f. Modest.); así es que se lee en todas partes *nuptias contrahere* (Ib. fr. 3. 10. 11. 12. § 1.); y fr. 16, «*nec nuptiæ essent*»; aunque ciertamente las ceremonias se hubiesen verificado. En fin. hablando de las nupcias, dicen expresamente los jurisconsultos. «*Sponsalia, sicut nuptiæ, consensu contrahentium fiunt*» (Dig. 23. 1. 11. f. Julian); —«*Nuptias non concubitus sed consensus facit*» (Dig. 35. 1. 15 y 50. 17. 30. f. Ulp.). No es ya, pues, permitido tomar á su antojo y por conveniencia de su opinion, *nuptiæ*, ya por ceremonias, ya por contrato.—Nótese que en los textos la palabra *consensus* se encuentra siempre en oposicion, ya á todo escrito, ya á las ceremonias de simple uso, ya á la cohabitacion.

(2) Cuando la tradicion se habia hecho por la mancipacion con la barra de cobre y el peso, ó por medio de las formalidades religiosas y patricias de la confarreacion, la mujer se hacía propiedad del marido; si no, era preciso que fuese adquirida, como cualquier otra cosa mueble, por la posesion de un año no interrumpido (*usucapio*) (Gay. § 109 y sig.). Todo esto se halla perfectamente en armonía.

(3) Inst. 3. 22. § 2.—Dig. 18. 1. § 2. fr. Paul.—17. 1. 1. § 1 fr. Paul.

(4) Paul Sent. 9. 19. § 8.—Dig. 23. 2. 5. fr. Pomp.; y tambien 6. fr. Ulp. La mujer está ausente relativamente al marido; pero no relativamente á su domicilio; y la prueba es que vuelve atravesando el Tiber.

(5) Dig. 24. 1. 27.—Modest. Vat. J. R. Frag. § 96.

romano ninguna necesidad de esta clase (1). Este acto es la tradicion de la mujer al marido. Las expresiones *uxorem ducere, uxor duci*, para decir *casarse*, bastarian para dar á conocer la demostracion.

Pero ¿cómo se verifica la tradicion de la mujer?

Es preciso reconocer, ante todo que las formas gratas y simbólicas con que las costumbres la habian exornado, y cuya pompa se aumentaba en proporcion á la fortuna de los esposos, no eran circunstancias que en ningun modo exigian las leyes. Así el *flammeum* que cubria á la desposada (2), la rueca, el huso y el hilo que llevaba (3); su marcha hácia la casa nupcial, las colgaduras y ramas que decoraban esta casa (4), las llaves que se le entregaban (5), las palabras consagradas, el recibimiento que se le hacía por el agua y el fuego, y todos aquellas alusiones mitológicas, de que hallamos pormenores entre los poetas, casi tanto como entre los jurisconsultos (6), no eran más necesarios á la validez del matrimonio que lo son en nuestros dias el velo blanco que oculta el rostro de la desposada, la corona de flores que adorna sus cabellos, la funcion y el baile que siguen al himeneo.

La tradicion de la mujer en el matrimonio se hallaba sometida á las reglas ordinarias del derecho, pues era preciso que el marido, de cualquiera manera, fuese puesto en posesion de la mujer.

Mas ¿cómo se hace la tradicion en derecho romano?

Comunmente tenía lugar cuando el acreedor tomaba el objeto que se le debia, ó cuando el deudor lo entregaba él mismo á su acreedor. Esta última forma era la que las costumbres habian aplicado al matrimonio : la mujer, con pompa nupcial, con cantos y guirnaldas, era conducida á casa de su marido; y la alegría de la comitiva, el encanto de la poesía y el perfume de las flores cubrian y justificaban la austeridad del derecho.

Pero la tradicion tiene tambien lugar sin que la cosa haya sido puesta en manos ó en la casa del acreedor, cuando de cualquier

---

(1) Cod. 5. 4. const. 9. 13 y 22.

(2) Especie de velo amarillo. V. Festus, á las palabras *senis*, *cœlibaris*, *cingulum*, *flammeum*, *nuptiæ*.—Plinio, lib. 8. c. 48.—Lucano, *De bello phars.* 2.

(3) Plinio, lib. 8. c. 48.

(4) Juv. sat. 6. vers. 235.—Sat. 10. vers. 332.

(5) Festus á la palabra *clavis*.

(6) Dig. 24. 1. 66. § 1. frag. de Scevol., en donde este jurisconsulto habla de la recepcion por agua y fuego (*priusquam aqua et igni acciperetur*).

otro modo se ha puesto á su disposicion. Así nos lo dicen los textos, ya respecto del deudor que entrega á su acreedor el dinero que le debia (1), ya respecto del vendedor que muestra á su comprador el terreno que le vende (2). Áun basta, nos dice una ley, que las partes consientan la tradicion en presencia de la cosa (*si in re præsenti consenserit*); la posesion se toma entónces, no por el cuerpo y por el tacto, sino con los ojos y con la intencion (*sed oculis et affectu*). En efecto, era difícil exigir más para objetos que, por su naturaleza ó por su peso, no pueden mudar de lugar (3).

En virtud de estos principios generales, no era indispensable para que tuviese lugar la tradicion de la mujer que el marido se apoderase de ella corporalmente, ó que ella fuese conducida á su casa. Bastaba que la mujer hubiese sido puesta, ó (si fuese *sui juris*) se hubiese puesto ella misma en la posesion del marido : *si in re præsenti consenserint;—solo affectu* (4).

Véase en qué sentido hablan un gran número de fragmentos del solo consentimiento y de la sola intencion (*solus afectus*), como capaces de constituir el matrimonio : cuando están presentes el marido y la mujer, el solo consentimiento verifica la tradicion (5). Véase por qué la mujer ausente no puede casarse por carta ni por mensajero : porque al ménos es necesario para la tradicion que la mujer sea puesta en presencia del marido; véase por qué el hombre ausente puede, por el contrario, casarse por carta ó por mensajero, si la mujer es conducida á su domicilio (*si in domum ejus deduceretur*) (6) ; porque hay entónces tradicion segun las reglas generales del derecho (7); véase por qué puede suceder con frecuencia que la mujer no sea conducida á casa de su marido sino

(1) Dig. 46. 3. 79. fr. Javolen.

(2) Dig. 41. 2. 18. § 2. fr. Cels.

(3) «Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, *sed etiam oculis et affectu*; et argumento esse eas res quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt ut columnas : nam pro traditis (eas) haberi *si in re præsenti consenserint.*» Dig. 41. 2. 1. § 21. fr. Paul.

(4) Cod. 5. 17. 11. pr. const. Justinian.

(5) Dig. 35. 1. 15.—24. 1. 66. pr.—50. 17 30.—Cod. 5. 4. 9.

(6) Paul. Sent. 2. 19. § 8.—«Mulierem absenti per litteras ejus, vel pernuntium posse nubere placet, *si in domum ejus deduceretur.* Eam vero quæ abesset, ex litteris vel nuntio (suo) ducia marito non posse : deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum ; quasi in domicilium matrimonii.» Dig. 23. 2. 5. fr. Pomp.

(7) «Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim : possidere me certum est quamquam id nemo dum attigerit.» Dig. 41. 2. 18. § 2. fr. Cels.

despues de contraido el matrimonio (*deductio plerumque fit post contractum matrimonium*) (1); en efecto, ¿por qué el novio no irá á recibir á la novia á la casa paterna, y á pasar en ella muchos dias con su nueva esposa y entre su nueva familia, ántes de conducir á aquélla al domicilio conyugal?

Véase cómo, en sentido inverso, la novia conducida algunos dias ántes del matrimonio á casa de aquél con quien debe casarse, no se le entrega, ni se le considera sino como un depósito, ni será su esposa (*uxor*) sino cuando, pasando de la habitacion separada que ocupa á la de su marido, y añadiendo el consentimiento al hecho, se verifica la tradicion (2): véase, en fin, por qué la concubina no se diferenciaba de la esposa, como verémos en breve, sino por la sola intencion (3). El hecho corporal de la tradicion existia respecto á ella; pero faltaba la intencion que constituia la tradicion legal.

Por el mismo principio se resuelven un gran número de aparentes dificultades (4). Es preciso, pues, tener por cosa constante que el matrimonio en el derecho romano se formaba por el consentimiento y por la tradicion de la mujer, verificada de una manera cualquiera, segun las reglas comunes del derecho sobre la tradicion.

Á veces se extendia un acta, ya para arreglar las convenciones relativas á los bienes (*instrumenta dotalia*), ya para comprobar el matrimonio (*nuptiales tabulæ*, *instrumenta ad probationem matrimonii*); pero estas actas sólo eran medios de prueba, que no formaban el matrimonio, si éste no se habia verificado, y recíprocamente el matrimonio contraido sin tales títulos no por eso dejaba de existir (5).

La prueba no se hallaba sometida á ninguna forma particular. La declaracion de los amigos y vecinos bastaba en casos necesarios (*consortium consensu atque amicorum fide;—vicinis vel aliis scientibus*) (6).

Para que existiera el matrimonio, no era tampoco en manera alguna necesario que hubiese sido consumado por la cohabitacion;

---

(1) Dig. 24. 1. 66. pr. f. Scævol.
(2) Dig. 24. 1. 66. § 1.
(3) Dig. 25. 7. 4. fr. Paul.
(4) Véase el rescripto de Aureliano. Cod. 4. 3. 6.
(5) C. 5. 4. 13.
(6) C. 5. 4. 22 y 9.

tenía lugar desde que la esposa habia sido conducida ó entregada de un modo cualquiera al marido : «*Statim atque ducta est uxor quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* (1).»

Sin embargo, cuando el matrimonio tenía lugar entre personas de condiciones desiguales, parecia resultar de las antiguas leyes la necesidad de que hubiese entónces contrato dotal. Justiniano suprimió en el Código esta necesidad (2).

Tal era, segun las Instituciones y el Código, la legislacion relativa á la celebracion de las nupcias, que recibió alguna modificacion por las Novelas. Así la Novela 74 decidia : 1.°, que las personas revestidas de grandes dignidades, hasta la clase de ilustres, no pudiesen contraer matrimonio sin contrato total; 2.°, que las demas personas, á excepcion de los pobres, de los labradores y soldados, estuviesen obligadas al ménos á presentarse ante el defensor de alguna iglesia, y á declarar su matrimonio, así como el dia, mes y año en que lo habian contraido; declaracion de que debia extenderse acta en presencia de tres ó cuatro testigos (3). Esta última disposicion parecia derogada por una Novela posterior, la 117, c. 4.

Los esponsales, es decir, las promesas de matrimonio, estaban en uso entre los romanos. Se les llamaba *sponsalia*. «*Sponsalia sunt sponsio et repromissio nuptiarum futurarum* (4).» Se formaban por el solo consentimiento de los dos novios y del jefe de su familia (5): bastaba que los dos novios tuviesen más de siete años y fuesen capaces de contraer en adelante matrimonio (6). No daban ninguna accion para obligar al matrimonio, y cada parte podia renunciar á él, notificándolo á la otra parte en estos términos : *Conditione tua non utor.* Comunmente se daban arras á la novia, y la parte que sin motivo legítimo rompia la union proyectada, debia perderlas, salvas algunas distinciones respecto de la novia (7).

Antes de principiar la explicacion de las reglas relativas á la

(1) D. 35. 1. 15. f. Ulp.—50. 17. 30. f. Ulp.—23. 2. 6. f. Ulp.
(2) C. 5. 4. 22 y 23. § 7.
(3) Nov. 74. c. 4.
(4) D. 23. 1. 1. f. Florent.
(5) D. 23. 1. 4. y 7.
(6) D. 23. 1. 1. 14. 15 y 16.
(7) C. 5. 1. c. 3. 5 y 6.

validez de las nupcias, debemos señalar la época más notable acerca de esta parte de la legislacion, aquella en que Augusto, queriendo realzar la dignidad del matrimonio, envilecido, hizo aparecer las dos famosas leyes JULIA y PAPIA POPPEA, que arreglaban este contrato civil, prohibian á los senadores é ingenuos casarse con ciertas mujeres, declaraban para algunas cosas incapaces á los célibes (*cælebes*), y á las personas que no tenian hijos (*orbi*); y dividian de este modo los ciudadanos en diversas clases (*Hist. del der.*, p. 253). Existió esta division por más de tres siglos, hasta que fué totalmente suprimida por Constantino (*id.*, 301), sin que quedase de ella el menor vestigio en tiempo de Justiniano.

Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias; dum tamen, si filii familias sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussus parentis *præcedere debeat.* Unde quæsitum est, an furiosi filius uxorem ducere possit? Cumque *super filio variabatur*, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

Contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen segun los preceptos de las leyes los varones púberos con las hembras núbiles, ya sean padres de familia, ya hijos de familia; con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres, bajo cuya potestad se hallan. Mas que esto debe hacerse lo persuaden el derecho civil y el natural, de tal manera que *deba preceder* la autorizacion del padre. De donde procede esta cuestion: ¿el hijo ó la hija del loco pueden casarse? Y como *respecto del hijo estaban divididas las opiniones*, tuvo lugar nuestra decision, segun la cual, y á ejemplo de lo que sucede á la hija del loco, es permitido al hijo de otro contraer matrimonio, sin invervencion del padre, segun se declara por nuestra constitucion.

Ulpiano, de acuerdo en un todo con las Instituciones, indica tres condiciones indispensables para que haya justas nupcias: 1.º, la pubertad; 2.º, el consentimiento, y 3.º, el *connubium.*

1.º *La pubertad.* Así se designa el estado físico en que por el desarrollo de su cuerpo se hace un hombre capaz de unirse á una mujer, y recíprocamente aquel en que la mujer se hace capaz de unirse á un hombre. Este estado determina el instante en que el matrimonio, posible por la naturaleza, puede ser permitido por la ley. En el derecho primitivo no se hallaba fija la pubertad en una época determinada: consultando en esto á la naturaleza sola-

mente, los jefes de familia no casaban á sus hijos sino cuando veian sus cuerpos suficientemente desarrollados. En adelante se fijó legalmente la pubertad para las hembras á los doce años y para los varones á los catorce. Ántes de este tiempo se podian contraer esponsales; pero la union contraida no sería un matrimonio legítimo, ni llegaria á serlo hasta el momento de la pubertad (1).

2.° *El consentimiento*. Lo que debe aplicarse á un mismo tiempo á los cónyuges y á los jefes de familia, bajo cuyo poder se hallan : « *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt* (2).» El consentimiento de los esposos debia ser libre, y el poder del jefe de familia no se extendia hasta obligar á casarse á los que se hallaban bajo su poder : « *Non cogitur filius familias uxorem ducere* (3).» Debia darse por una persona que supiese lo que hacía : así el loco, el incapaz de consentir, era incapaz de casarse (4).—En cuanto al consentimiento del jefe de familia, es preciso observar que si se exigia, sólo era á causa de su patria potestad, y como consecuencia de sus derechos de propiedad sobre los individuos que á él se hallaban sometidos : así no se requeria nunca el consentimiento de la madre, porque ésta no tenía patria potestad; el hijo que salia de su familia, y entraba en otra por adopcion, no solicitaba el consentimiento de su padre natural, sino el del adoptante, al cual se sometia; en fin, el hijo que se hallaba fuera de la patria potestad y que habia llegado á ser *sui juris*, no tenía ya necesidad del consentimiento de su padre. Sin embargo, Valente y Valentiniano, y despues Honorio y Teodosio, exigieron que la hija menor de veinticinco años, aunque emancipada, tomase el consentimiento de su padre, y si este último hubiese muerto, el de la madre y parientes próximos (5). Estas disposiciones derogaban completamente los principios del derecho primitivo.—Cuando los hijos y sus padres se hallaban sometidos bajo el poder del abuelo de los primeros, podria creerse que para casarse sólo necesitaban del consentimiento de este último, al cual se hallaban sometidos. Esto era cierto respecto de la hija, pero no respecto del hijo, que estaba

(1) D. 23. 2. 4. f. Pom.
(2) Ib. f. 2.
(3) Ib. f. 21.
(4) Ib. f. 16. § 2.
(5) C. 5. 4. 18 y 20.

obligado á obtener al mismo tiempo el consentimiento del padre y el del abuelo (1). Véase el principio en que se funda esta diferencia. El abuelo podia, por su propia voluntad, separar de su familia á sus nietos, sin el consentimiento de su hijo, padre de aquéllos, y de esta manera disminuir la familia, que este último debia tener algun dia bajo su poder; pero no podia, sin el consentimiento del hijo, introducir entre los hijos de este último nuevas personas, y aumentar así su familia futura, por temor de darle, contra su voluntad, nuevos herederos (*ne ei invito suus heres agnascàtur*) (2). Mas el abuelo, casando por su sola voluntad á su nieto, habria expuesto al padre de este último á tener algun dia bajo su poder á los hijos nacidos de este matrimonio; lo que no tenía lugar respecto de la nieta, porque los hijos no seguian nunca la familia de su madre.—El consentimiento del jefe de familia puede ser tácito (3).—Si se negase sin motivo á casar á sus hijos, ó si descuidase completamente el hacerlo, podia ser obligado á ello por los presidentes de las provincias, en virtud de una constitucion de Severo y Antonino (4).

Præcedere debeat. Es una cuestion controvertida el saber si el matrimonio contraido sin el consentimiento del jefe de la familia podia ser ratificado en adelante. Sin duda el jefe podia dar su consentimiento, y el matrimonio desde este momento era legítimo; ¿pero este consentimiento era una verdadera ratificacion con efecto retroactivo? Es preciso decir que no; el matrimonio no era válido respecto del tiempo pasado en que no habia existido; principiaba sólo á ser válido con respecto al tiempo futuro. En cierto modo se puede asimilar este caso á aquel en que uno de los cónyuges fuese impúbero, pues en el momento en que llegase á la pubertad, el matrimonio sería *justas nupcias*, pero sin efecto retroactivo (5).

Super filio variabatur. Hallándose loco ó furioso el jefe de la familia, no podia dar su consentimiento; ¿sucederia por esto que sus hijos no podrian casarse? Se le permitia á la hija; pero respecto del hijo se hallaban divididos los jurisconsultos, porque el matrimonio de la hija no podia dar nunca al jefe nuevos individuos

(1) D. 23. 2. 16. § 1.
(2) Inst. 1. 11. 7.
(3) Cod. 5. 4. 2. y 5.
(4) D. 23. 2. 19. f. Marc.
(5) D. 23. 2. 4.

en su familia, miéntras que el matrimonio del hijo debia llevarle todos los hijos que de él naciesen. Justiniano en una constitucion lo permite al hijo y á la hija, con tal que en presencia del curador y de los principales parientes de su padre hagan aceptar la persona á quien quieren casar, arreglar el dote y donacion nupcial por el prefecto de la ciudad en Constantinopla, y por el presidente ó los obispos en las provincias (1).—De la misma manera, cuando el padre habia sido aprehendido por el enemigo, ó habia desaparecido sin que se volviese á saber de él, podian los hijos, despues de tres años de cautividad ó de ausencia, casarse, aunque la patria potestad no se hallase destruida, y el jefe debiese á su vuelta recobrarla (2).

Ántes de pasar á la tercera condicion, el *connubium*, bueno será observar que para poder casarse no basta ser púbero, dar su consentimiento y obtener el del jefe á quien se está sometido; es preciso tambien estar libre, porque si se está ya comprometido en una primera union (3), ó en órdenes eclesiásticas (4), no es ya posible casarse; de la misma manera si es castrado (5), á ménos, en este último caso, que la mujer consienta en ello.

3.° *El connubium.* Es indispensable desde luégo fijar el valor de esta expresion, generalmente mal conocida. *Connubium* no significa matrimonio, y cuando se dice *jus connubii* por *derecho de matrimonio*, se vale uno de una expresion que no es latina. No significa tampoco la capacidad individual para casarse; la capacidad que resulta de ser púbero, libre y no castrado; sino que significa esta palabra la capacidad relativa para unirse á tal ó cual persona, y en este sentido es menester entender la definicion que de ella da Ulpiano : « *Connubium est uxoris jure ducendæ facultas* » (6). Así para que un matrimonio sea legítimo es preciso primero que cada uno de los cónyuges sea individualmente capaz de casarse; pero es preciso ademas que sean tambien capaces de casarse el uno con el otro. Esta capacidad relativa, que debe existir entre ambos, es lo que se llama *connubium*. Algunos ejemplos acabarán de ilustrar lo que pueda haber de oscuro en estas ideas.—La capaci-

(1) C. 5. 4. 25.
(2) D. 23. 2. 9 y 10. f. Ulp. y Paul.—D. 49. 15. 12. § 3. f. Tryph.
(3) C. 5. 5. 2.
(4) C. 1. 3. 44.—Nov. 6. c. 1. § 7.
(5) D. 23. 3. 39. § 1.
(6) Ulp. Reg. T. 5. § 3.

dad relativa de unirse (*connubium*) existia entre los ciudadanos romanos, pero no entre los ciudadanos y los latinos ó los extranjeros. Era, en efecto, un derecho civil : *Connubium habent cives romani cum civibus romanis; cum latinis autem et peregrinis, ita si concessum sit* (1); pero el texto mismo que citamos nos prueba que se concedia á veces este derecho á ciertos extranjeros. Por lo demas, es menester no perder de vista en este lugar la alteracion introducida por Caracalla, y los derechos de ciudad concedidos á todos los súbditos.—Ningun *connubium* existia con los esclavos : *Cum servis nullum est connubium* (2).

Aun entre ciudadanos no existia siempre el *connubium*, como sucedia entre parientes y deudos en cierto grado. Sigamos sobre esta materia las Instituciones; pero como se encuentra tratada con mucha extension y confusion, la presentarémos préviamente de un modo breve y claro, aunque dando en seguida la traduccion del texto con las observaciones indispensables. Y desde luégo veamos el parentesco.

El parentesco natural, la *cognacion* propiamente dicha, es decir, el vínculo que existe entre personas unidas por la sangre (*cognati*), y que descienden una de otra ó de un tronco comun, es en muchos casos un impedimento para el *connubium*. Lo mismo sucede, y con mayor razon, respecto del parentesco civil (*la agnacion*), este vínculo que une entre sí á los individuos de la familia civil (*agnati*). Las prohibiciones que se refieren á uno y otro parentesco son las mismas. Sólo es preciso observar que, refiriéndose la cognacion á un hecho natural é inmutable, no puede nunca cesar el nacimiento, ni por consiguiente puede alzarse el impedimento que produce. Por el contrario, la agnacion se refiere sólo á un hecho civil, cual es la existencia en la familia, y por consiguiente se destruye completamente si cesa este hecho, lo que sucede respecto del individuo lanzado de la familia (*emancipado*). En este caso, si la agnacion no se junta con ningun vínculo natural, y si proviene de una adopcion, una vez disuelta se destruye tambien el impedimento para el *connubium*, porque los individuos que permanecen en la familia no se encuentran ya ligados por ningun parentesco con el que de ella ha salido.—Expuestos estos preliminares, podemos

---

(1) Ib. § 4.
(2) Ulp. Reg. T. 5. § 5.

decir que sin distincion entre agnacion y cognacion, se halla prohibido el matrimonio: 1.° Entre personas que descienden directamente los unos de los otros hasta lo infinito: *Inter parentes el liberos infinite, cujuscunque gradus, connubium non est* (1). 2.° Entre el tio y la sobrina, sobrina segunda, sobrina tercera, etc., hasta el infinito, y recíprocamente entre la tia y el sobrino, sobrino segundo, etc. 3.° En fin, entre el hermano y la hermana. Los demas parientes pueden unirse.—Si el impedimento proviene de una agnacion producida por adopcion, cesa aquél, ya cuando el adoptado ha sido arrojado de la familia, porque entónces no es ya agnado de ningun individuo de ella, ya cuando permaneciendo el adoptado en la familia, ha sido separado de ella la persona con quien aquél debia casarse, porque ésta no es ya agnado de ningun individuo de la misma. Sin embargo, por un motivo de decencia no podia nunca el padre adoptivo casarse con su hija, con su nieta adoptiva, etc., aunque las hubiese separado de su familia y de su poder.

I. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarumdam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinet, contrahi nuptiæ non possunt; veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum. Et si tales personæ inter se coïerint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum ut, etiam dissoluta adoptione, idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

1. No nos es lícito casarnos con cualquier mujer, pues debemos abstenernos de contraer ciertas nupcias. Están éstas prohibidas entre las personas que entre sí se hallan colocadas en la categoría de ascendiente y descendiente; como, por ejemplo, el padre y la hija, el abuelo y la nieta, la madre y el hijo, la abuela y el nieto, y así sucesivamente hasta el infinito. Las nupcias contraidas entre estas personas se llaman criminales é incestuosas. De tal manera que, áun en el caso en que la cualidad de ascendiente y de descendiente sólo se deba á la adopcion, no pueden tampoco unirse en matrimonio; de tal modo, que áun disuelta la adopcion, subsiste siempre la prohibicion. Así la que por adopcion ha venido á ser tu hija ó tu nieta, no podrá casarse contigo, ni áun despues que la emancipares.

II. Inter eas quoque personas quæ *ex transversu gradu* cognationis junguntur est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibi-

2. Entre las personas unidas por *parentesco colateral* existen tambien semejantes prohibiciones, pero no con tanta extension. Se hallan prohibidas las nupcias entre el herma-

(1) Ulp. Reg. T. 5. § 6.

tæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt: cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere. Sed et *si tu emancipatus fueris*, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, *si quis generum adoptare velit*, debere eum ante filiam suam emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium suum emancipare.

no y la hermana, ya procedan del mismo padre y de la misma madre, ya de uno de los dos. Mas cuando una mujer ha llegado á ser tu hermana por adopcion, no puedes casarte con ella miéntras dure la adopcion; mas si se disuelve la adopcion por la emancipacion, puedes casarte con ella. Y si tú te hallas emancipado, no hay ningun impedimento para las nupcias. Es, pues, constante que si alguno quiere adoptar á su yerno, debe ántes emancipar á su hija; y si alguno quiere adoptar á su nuera, debe primero emancipar á su hijo.

Ex transverso gradu. Verémos en adelante (lib. 3, t. 6) que el parentesco es ascendente, descendente ó colateral (*superior, inferior, ex transverso, quæ etiam a latere dicitur*) (1); el primero es el que se cuenta subiendo de los hijos á los abuelos; el segundo, el que se cuenta descendiendo de los abuelos á los hijos; el tercero, el que une á personas que, sin descender una de otra, tienen, sin embargo, un tronco comun, es decir, los hermanos, las hermanas y sus descendientes (*superior cognatio est parentum; inferior, liberorum ex transverso, fratrum sororumve, et eorum qui quæve ex eis generantur* (2). El parentesco ascendente y el parentesco descendente se designan por el epíteto comun de parentesco *directo*. Las prohibiciones de matrimonio que producen se han expuesto en el párrafo anterior: aquí sólo se trata del parentesco colateral.

Si tu emancipatus fueris. Cuando una persona se halla adoptada, la agnacion que la une á uno cualquiera de los individuos de la familia sólo se refiere á la cualidad comun de individuo de la misma familia; mas esta cualidad cesa, y con ella la agnacion, cuando uno de los dos individuos, ya el adoptado, ya el otro, sale de la familia; de donde se sigue que el que quiere casar á su hija adoptiva con su hijo puede hacer lícito este matrimonio, ya emancipando al hijo, ya emancipando á la hija adoptiva.

Si quis generum adoptare velit. No nos indica esto una prohibicion del matrimonio, sino más bien una prohibicion de la adopcion. Acabamos de ver que no pueden casarse dos personas que tengan la cualidad de hermanos: aquí vemos la recíproca, y es que dos

(1) Véase igualmente la *Gener. del der. rom.*, pág. 41.
(2) Inst. 3. 6. p.

personas con la cualidad de cónyuges ó esposos no pueden hacerse hermanos. Así cuando un hombre quiere adoptar á su yerno, como por la adopcion sería este último introducido en calidad de hijo en la familia en que se halla su esposa, y llegaria á ser hermano agnado de la misma de quien es marido, no podrá tener lugar la adopcion hasta que el padre no haga salir á su hija de la familia, emancipándola. De esta manera el uno de los esposos saldrá y el otro ocupará su lugar; y estos actos no carecerán de importancia, porque la hija perderá todos sus derechos de familia, y los adquirirá el marido.

III. Fratris vero, vel sororis filiam, uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest quamvis *quartu gradu sint.* Cujus enim filiam uxorem ducere non licet, *neque ejus neptem permittitur.* Ejus vero *mulieris*, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impedire uxorem ducere, quia neque naturali, neque civile jure tibi conjungitur.

3. No es lícito casarse con la hija de su hermano ó de su hermana, ni con la nieta de los mismos, aunque estén en el *cuarto grado;* porque cuando no es lícito el matrimonio con la hija, *no se permite tampoco con la nieta.* Pero respecto de la mujer adoptada por tu padre, nada se opone á que tú te cases con su hija, porque no se halla unida contigo ni por derecho natural ni por derecho civil.

Quarto grado sint. En línea directa se cuentan los grados segun las generaciones que hay entre las personas : el hijo se halla con respecto al padre en primer grado, el nieto en segundo, etc.; en línea colateral se cuentan los grados por las generaciones, subiendo desde uno de los parientes hasta el pariente comun, que no se cuenta, y volviendo á bajar desde el pariente ó autor comun hasta el otro pariente. Así el hermano y la hermana se hallan en segundo grado, el tio y la sobrina en tercero, el tio segundo y la sobrina segunda en cuarto (Inst lib. 3, t. 6).

Neque ejus neptem permittitur. Hay colaterales que están en algun modo en la clase de ascendientes, como son los tios y las tias (*loco parentum hubentur*) (1). Pero si están en la clase de ascendientes los primeros respecto de la hija, con mayor razon lo estarán respecto de la nieta, biznieta, etc. Así, cuando no se puede uno casar con la hija, porque se está en relacion á ella en línea ascendente, con mayor razon no puede uno casarse con la nieta, biznieta, etc. Tal es la regla de derecho que establecen las Instituciones, y que es preciso guardarse bien de aplicar á otros que á

(1) Inst. h. t. § 5.—D. 23. 2. 39. f. Paul.

los parientes que se hallan en la clase de ascendientes, porque respecto de aquéllos sería falsa; por ejemplo, subiendo en línea directa, el nieto no puede casarse con la hija de su abuelo, que es su tia; y sin embargo, puede casarse con la nieta de aquél, que es su prima.—La prohibicion del matrimonio entre el tio y la sobrina recibió en otro tiempo una grave ofensa. Claudio pretendia casarse con su sobrina Agripina, hija de su hermano Germánico, y una ley declaró lícito el matrimonio sólo entre el tio y la hija del hermano (1), disposicion que al fin fué abrogada por Constantino (2).

Ejus mulieris. Como los hijos no siguen la familia de su madre, cuando una mujer entra por adopcion en una familia, sus hijos, ya existan en el momento de la adopcion, ya nazcan despues, son siempre extraños á esta familia; civilmente, porque no han entrado en ella; naturalmente, porque no hay ningun vínculo de sangre. Véase por qué el que no podia casarse con la mujer adoptada, porque era su hermana adoptiva, podia casarse con las hijas de esta hermana. Pero la cosa no tendrá lugar en el caso de la adopcion de un hombre, porque el hombre lleva siempre sus hijos á su familia, y por consiguiente se establece un vínculo de agnacion entre ellos y todos los individuos de la familia adoptiva. Así el texto emplea muy bien la palabra *mulieris*.

IV. Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi possunt.

4. Mas los hijos de dos hermanos, de dos hermanas ó de hermano y hermana pueden unirse.

El influjo de la religion cristiana hizo que muchos emperadores prohibiesen el matrimonio entre primos; pero una constitucion de Arcadio y Honorio lo volvió á permitir (3), y este derecho se conservó.

V. Item *amitam*, licet adoptivam, ducere uxorem non licet, item nec *materteram*, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

5. Igualmente no es lícito casarse con su tia paterna, aunque sea adoptiva, ni con su tia materna, porque están en la clase de ascendientes. Por la misma razon se prohibe casarse con su tia segunda, ya sea paterna ó materna.

Se ha indicado más arriba la prohibicion de contraer matrimonio

(1) Suet. in Claud. 26.—Ulp. Reg. T. 5. § 6.—Gay. 1. § 62.
(2) Cód. Teod. 1. *De incest. nupt.*
(3) C. 5. 4. 19.

con el tio carnal ó el tio segundo : ahora se indica aquí igual prohibicion con la tia carnal ó la tia segunda. La tia paterna (*amita*) es la hermana del padre; la tia materna (*matertera*) es la hermana de la madre. Es de observar que por adopcion no se podia tener más que tias paternas, porque los hijos no seguian nunca la familia de la madre (1). Así el texto sólo aplica la expresion de *licet adoptivam* á la tia paterna.

Aquí se acaban las prohibiciones procedentes del parentesco. La afinidad es tambien un impedimento para el *connubium*. Se llama afinidad (*affinitas*) el vínculo que establece el matrimonio entre las dos cognaciones de los esposos. Aunque estas dos cognaciones estuviesen naturalmente separadas, se encuentran ligadas por el matrimonio : *Duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur* (2) : comprendidos los esposos en sus cognaciones respectivas, cada uno de ellos se hace afin de todos los parientes del otro, y los parientes de los dos esposos se hacen afines entre sí. Sin embargo, el vínculo de afinidad entre estos últimos era poco estrecho, pues no constituia ningun obstáculo para el matrimonio, ni producia, por decirlo así, otro efecto que el de las relaciones amistosas de familia, y ni áun habia nombres particulares para designar á estos diferentes parientes (3). En cuanto á la afinidad entre cada uno de los esposos y los parientes del otro, se designaba con diferentes nombres, tales como los de *socer*, suegro; *socrus*, suegra; *gener*, yerno; *nurus*, nuera; *vitricus*, padrastro; *noverca*, madrastra; *privignus*, hijastro; *privigna*, hijastra (4) : producia impedimentos, pero no tan extensos como los del parentesco : así estaba prohibido el matrimonio en línea directa hasta el infinito entre el suegro y su hija y nieta por afinidad, etc.; de la misma manera que entre la suegra y su hijo y su nieto por afinidad; pero en línea colateral sólo estaba prohibido entre el cuñado y la cuñada.

VI. Affinitatis quoque veneratione, quarumdam nuptiis abstinendum est, ut ecce : *privignam aut nurum* uxorem ducere non licet, quia utræque filia loco sunt. Quod ita

6. Por respeto á la afinidad, hay nupcias que deben estar prohibidas: así no es lícito casarse, ni con su hijastra ni con su nuera, porque una y otra están en la clase de hijas. Lo que sin embargo debe entenderse de

(1) D. 1. 7. 23. f. Paul.—D. 23. 2. 12. § 4. 4. f. Ulp.

(2) D. 38. 10. 4. § 3. f. Modest.

(3) Así en nuestras costumbres y en nuestro derecho actual sólo se consideran como afines cada cónyuge respecto de los parientes del otro.

(4) Ib.

scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna tua. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxoren eam ducere non poteris, quia ea duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores, eodem tempore habere non licet.

la que ha sido tu nuera ó tu hijastra. Porque si todavía es nuera tuya, es decir, si todavía se halla casada con tu hijo, habrá otra razon para que no puedas casarte con ella, porque ninguna puede ser mujer de dos maridos á un mismo tiempo. De la misma manera, si alguna es todavía tu hijastra, esto es, si su madre es todavía tu mujer, no podrás casarte con ella, porque no es lícito tener dos mujeres á un mismo tiempo.

Privignam aut nurum. Podeis tener una hija por afinidad de dos maneras : 1.° Cuando os caseis con una mujer que ya tenga una hija de un primer matrimonio, esta hija es vuestra hijastra (*privigna*); 2.°, cuando vuestro hijo se casa, su mujer es vuestra nuera (*nurus*).

VII. *Socrum* quoque et *novercam* prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod et ipsum, disoluta demum affinitate, procedit. Alioquin si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non possis.

7. De la misma manera no se puede tomar por mujer á su suegra ó madrastra, porque se hallan en lugar de madre. Esto sólo tiene lugar despues de disuelta la afinidad, porque en otro caso, y si todavía es tu madrastra, esto es, si todavía es mujer de tu padre, está prohibido por derecho de gentes que te cases con ella, porque no puede ésta estar casada á un mismo tiempo con dos maridos. Del mismo modo si ella es todavía tu suegra, es decir, si su hija es todavía tu mujer, no podrás casarte con aquélla, porque no es lícito tener dos mujeres á un tiempo.

Socrum, novercam. La una es la madre de vuestra mujer, la otra la mujer de vuestro padre : ambas son vuestras madres por afinidad.

Es preciso observar el motivo en que se funda la prohibicion del párrafo anterior y de éste. Este motivo es que el suegro y la suegra, el padrastro y la madrastra, se hallan en la clase de ascendientes (*loco parentum sunt*). Así la prohibicion debe extenderse hasta lo infinito en todos los grados de esta afinidad (1).

Las Instituciones nada dicen del matrimonio entre cuñado y cuñada. Fué permitido hasta el tiempo de Constantino ; mas este

(1) D. 23. 2. 14. § 4. f. Paul.

príncipe lo prohibió en una constitucion inserta en el código Teodosiano (1). Esta prohibicion se renovó por Valentiniano, Teodosio y Arcadio, en estos términos: «Prohibimos absolutamente que nadie se case con la mujer de su hermano ó con dos hermanas, de cualquier manera que el matrimonio haya sido disuelto» (2).

VIII. Mariti tamen filius ex alia uxores, et uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.

8. Sin embargo, el hijo del marido y de otra mujer, y la hija de la mujer y de otro marido, ó recíprocamente, pueden contraer matrimonio áun cuando tengan un hermano ó una hermana procedentes del segundo matrimonio.

Un hombre y una mujer, que tengan el uno un hijo y la otra una hija de un primer matrimonio, se casan; y aunque haya afinidad entre las dos cognaciones, y por consiguiente entre los dos hijos de cada cónyuge, no es, sin embargo, un obstáculo para el matrimonio de estos hijos. En efecto, el vínculo de afinidad, como ya hemos dicho, no era muy estrecho entre los parientes de los dos esposos; no producia efecto sino en la relaciones de familia, pero no ante las leyes. Así ninguna constitucion habia prohibido el matrimonio entre los hijos de unas primeras nupcias, y aquí tenemos un texto que lo permite expresamente.

IX. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, hæc non est quidem privigna tua; sed Julianus hujusmodi nuptiis abstinere debere ait; nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse; rectius tamen, et jure facturos eos, qui hujusmodi nuptiis se abstinuerint.

9. Si despues del divorcio, tu mujer ha tenido de otro una hija, ésta no es tu hijastra; pero Juliano dice que debe evitarse semejante union; porque la esposa del hijo no es la nuera del padre, ni la esposa del padre es la madrastra del hijo; sin embargo, se obrará mejor y segun las leyes absteniéndose de semejantes nupcias.

Aunque no hay ni cognacion ni afinidad entre dos personas, motivos de conveniencia y de honestidad pública bastan algunas veces para impedir que tenga lugar entre ellas el *connubium*. Así el adoptante, como ya hemos dicho, no puede casarse, áun despues de haberla emancipado, con la que habia adoptado, aunque despues de la emancipacion cesa de ser su hija. De la misma manera no puede casarse, áun despues de la emancipacion, la que ha sido

(1) Cod. Teod. l. 2. *De incest. nupt.*
(2) C. 5.

mujer de su hijo adoptivo, sin embargo que despues de la emancipacion haya dejado de ser su nuera (1).—Las Instituciones nos suministran otros dos ejemplos : un hombre se divorcia de su mujer; ésta contrae segundas nupcias y tiene una hija; ésta no es hijastra (*privigna*) del marido de su madre, puesto que ha nacido en un tiempo en que, disuelto el primer casamiento, no producia ya ningun vínculo; sin embargo, este primer marido no podrá casarse con ella, porque no es conveniente que el que ha sido el marido de la madre sea tambien el marido de la hija.—Como ya hemos dicho, los esponsales no eran más que un proyecto, una promesa de casamiento; no producian afinidad (*affinitas*); así la novia del hijo no era nuera del padre (*nurus*), la novia del padre no era la madrastra del hijo (*noverca*); y sin embargo, como no era conveniente que el padre se casase con la que estaba destinada al hijo, y recíprocamente, los juriconsultos querian que se abstuviesen de semejantes nupcias.

X. Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.

10. Es cierto que las cognaciones contraidas, siendo esclavo, son un impedimento á las nupcias, si acontece que el padre y la hija, ó el hermano y la hermana, sean manumitidos.

La cognacion puramente natural y contraida fuera de justas nupcias impide tambien el casamiento, porque sobre este asunto es menester obedecer al derecho natural y á las reglas del pudor (*quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est*) (2). Se deducen dos consecuencias : —1.ª Aunque la union de los esclavos (*contubernium*) fuese puramente natural, aunque la cognacion que producia no se encontrase en ninguna ley (3), sin embargo, como el vínculo de la sangre existia siempre, á falta de leyes, las costumbres prohibian las nupcias entre los manumitidos cognados : «*Hoc jus moribus, non legibus introductum est*» (4). Aun más, la prohibicion se extendia á la afinidad : «*Idem tamen quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est*» (5). De suerte que, des-

(1) D. 23. 2. 14.
(2) D. 23. 2. 14. § 2. f. Paul.
(3) Teof. h. t.—Inst. 3. 6. 10.
(4) D. Ib. 8. f. Pomp.
(5) D. ib. 14. § 2.

pues de la manumision, el manumitido no podria unirse con aquella que habia vivido *in contubernio* con su padre ó con su hijo, porque era naturalmente su madrastra ó su nuera. Suponemos siempre la manumision, porque es evidente que miéntras durase la esclavitud, no podia tratarse de justas nupcias.—2.ª El concubinato, y áun el comercio ilícito producian tambien impedimentos. Así, un padre, ó un hermano, no pueden casarse con la hija, ó la hermana, habida en una concubina ó de comercio ilícito y no reconocido (*vulgo quæsita*). Sin embargo, en este último caso nada indica legalmente la paternidad; pero las circunstancias de hecho pueden hacerla presumir, y esta presuncion basta para impedir el matrimonio (1). La especie de afinidad natural que produce el concubinato es tambien un impedimento, y encontramos en el código una constitucion que prohibe las nupcias entre el hijo y la concubina del padre (2).

XI. Sunt et aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum, ex veteri jure collectarum, enumerari permisimus.

11. Hay otras personas que por diversas razones no pueden contraer nupcias, cuyas causas las hemos hecho enumerar en los libros del Digesto ó de las Pandectas, coleccion del antiguo derecho.

Los impedimentos para el *connubium*, que hemos examinado hasta aquí, se fundan generalmente en la moral natural, habiendo experimentado pocas variaciones en todo el curso de la legislacion romana. Pero consideraciones políticas ó de órden público habian producido prohibiciones, que variaron en diferentes tiempos.

Segun las leyes de las Doce Tablas no habia *connubium* entre los patricios y los plebeyos : «*Patribus cum plebe connubium nec esto*» (*Hist. del der.*, p. 100). Hemos hablado de las disensiones producidas con este motivo ; del plebiscito, LEX CANULEIA, que las terminó, permitiendo el matrimonio entre las dos castas (*Hist. del der.*, p. 127) (3).—De la misma manera no habia *connubium* entre los ingenuos y los manumitidos, habiendo sido la ley PAPIA POPPEA la que permitió el matrimonio de éstas (4).—Ya hemos hablado muchas veces de esta ley, como igualmente de la ley JULIA,

(1) D. 23. 2. 14. § 2. f. Paul.—Ib. 1. 54. f. Scevol.
(2) C. 5. 4. 4.
(3) Tit. Liv. 4. 6.
(4) Tit. Liv. 39. 19.—D. 2. 3. 2. 23. f. Cels.

expedidas ambas en tiempo de Augusto, y que forman una época tan distinta en la legislacion relativa á las nupcias (*Hist. del der.*, p. 253). La ley JULIA, entre otras disposiciones, prohibia que los senadores y sus hijos se casasen con manumitidas : lo permitia á los demas ingenuos; pero ni unos ni otros podian casarse con comediantas, prostitutas, mujeres entregadas al comercio de la prostitucion, sorprendidas en adulterio y condenadas en virtud de acusacion pública (1).—Esta ley recibió todavía alguna extension por Constantino, que prohibió á los senadores, bajo pena de infamia, que se casasen con hijas de manumitidos, de gladiadores, criadas de posada, ó con hijas de posaderos, de revendedoras, como personas reputadas todas por viles y abyectas, *humiles abjectæve personæ* (2). Pero no se incluia en esta clase á las mujeres á las que sólo pudiere notarse su pobreza (3).—Justiniano, prendado de Teodora, hija de un cochero del circo, y comedianta, obtuvo de Justino, su tio (4), que reinaba aún, una constitucion inserta en el código. Esta constitucion estableció que cuando una comedianta abandonase esta profesion, el deshonor que recaia sobre ella dejaria de existir, y podria unirse áun á las personas de mayor categoría : «Porque, dice el emperador, debemos imitar, en cuanto lo permite nuestra naturaleza, la bondad de Dios y su clemencia infinita para con los hombres; puesto que todos los dias se digna perdonarnos nuestros pecados, aceptar nuestro arrepentimiento, y volvernos á mejor vida» (5). En fin, Justiniano, en una novela, fué más léjos, y permitió, cualquiera que fuese la dignidad de que se estuviese revestido, el casarse con las mujeres que la constitucion de Constantino designaba como abyectas (6).—El matrimonio estaba tambien prohibido entre el tutor, el curador ó el hijo de éstos y la pupila adulta, á ménos que ella no le haya sido prometida ó destinada por el padre (7). El motivo de esta prohibicion era el temor de que el tutor ó curador se aprovechasen de este matrimonio para no dar sus cuentas ó para darlas inexactas. Aunque diese las cuentas, no podia casarse con su

(1) Ulp. Reg. T. 13.—D. 23. 2. fr. 41. 42. y sig.
(2) C. 5. 27.
(3) C. 5. 5. 7.
(4) Procop. Anecd.
(5) C. 5. 4. 23.
(6) Nov. 117. c. 6.
(7) D. 23. 2. fr. 36. 60. 64, etc.—C. 5. 6.

pupila hasta que hubiese ésta llegado á los veintiseis años, porque hasta entónces podia ésta hacerse restituir (1).—Entre el que ejerce un cargo en una provincia como prefecto, presidente, prefecto militar, ó sus hijos, y una mujer oriunda de esta provincia ó que en ella tuviese establecido su domicilio, no podia contraerse matrimonio, porque se temia que aquéllos abusasen de su autoridad (2). Cesa el impedimento cuando han terminado las funciones del empleo;—Entre el raptor y la persona robada (3);—Entre la mujer adúltera y su cómplice (4);—Entre un judío y una cristiana, y recíprocamente (5).

XII. Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coïerint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt; sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum his pater incertus est. Unde solent spurii appellari vel a græca voce quasi σποράδην concepti, vel sine patre filii. Sequitur ergo, ut dissoluto tali coitu, nec dotis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, *et alias pœnas* patiuntur quæ sacris constitutionibus continentur.

12. Cuando, contra lo que hemos dicho, aparece celebrada alguna union, no debe verse en ella ni esposo, ni esposa, ni nupcias, ni matrimonio, ni dote. Y así los hijos que procedan de esta union no se hallan bajo la potestad del padre, y se consideran (en cuanto á la patria potestad) como los que la madre haya concebido vulgarmente. Pues estos últimos son reputados como si no tuviesen padre, pues lo tienen incierto. De donde acostumbran ser llamados *espurios*, esto es, segun la voz griega σποράδην, hijos concebidos vulgarmente ó sin padre. Se sigue de aquí que, disuelta semejante union, no haya lugar á pedir la dote. Mas los que contraen nupcias prohibidas sufren otras penas, indicadas por las constituciones imperiales.

Cuando no se llenan las condiciones que exigen las justas nupcias, cuando se viola alguna ley, como, por ejemplo, porque uno de los esposos es impúbero, porque no hay consentimiento del jefe de la familia, ó porque no hay *connubium*, entónces no constituye la union un matrimonio legítimo, y por tanto, no hay ni *vir*, ni *uxor*, ni dote, ni donacion por causa de las nupcias, ni patria potestad, pues todos estos efectos proceden únicamente de las justas nupcias. La nulidad del matrimonio es, pues, la primera pena que

---

(1) D. 23. 2. 66.—C. 5. 6. 8.
(2) D. 23. 2. fr. 38. 57, etc.
(3) C. 9. 13.
(4) Nov. 134. c. 12.
(5) C. 1. 9. 6.

afecta á tales uniones; y ademas cuanto habia sido constituido en dote ó en donacion queda confiscado (1), añadiéndose penas severas contra los culpables, si las nupcias merecian la acusacion de bigamia ó incesto.

Todo comercio culpable y contrario á las costumbres era designado entre los romanos con la voz genérica de *stuprum*. Cualesquiera que fuesen las circunstancias más ó ménos agravantes que lo acompañasen, como, por ejemplo, que hubiese violencia ó no, que el comercio tuviese lugar entre un hombre y una mujer casados, entre parientes ó afines en grado prohibido, la palabra *stuprum*, tomada en el sentido más lato, era aplicable á todos (2) estos casos; sin embargo, para los dos últimos habia las expresiones especiales de adulterio (*adulterium*) y de incesto (*incestum*) (3). Los hijos procedentes de un *stuprum* se llamaban *spurii*, y se consideraban como vulgarmente concebidos (*vulgo concepti, vulgo quæsiti*): ninguna presuncion de paternidod existia á favor de ellos, y su generacion podia, por decirlo así, atribuirse á todo el mundo. En esta clase es preciso colocar, segun nuestro texto, á los hijos habidos de nupcias contrarias á las leyes, y por consiguiente nulas.

Et alias pœnas. Las penas para estos diversos crímenes han experimentado diferentes variaciones, y se hallaban sometidas á várias distinciones, que en adelante darémos á conocer. Las que contienen las Instituciones son : para el *stuprum* sin violencia, la confiscacion de la mitad de los bienes, ó alguna pena corporal con relegacion; para el *stuprum* con violencia, la muerte, y lo mismo para el adulterio, la poligamia ó el incesto (4).

Ya conocemos las condiciones cuyo cumplimiento constituye el matrimonio; réstanos tratar de sus efectos y disolucion.

Efectos de las justas nupcias.

En cuanto á las personas, el hombre toma el título de *vir*, y la mujer el de *uxor*. El marido debe proteger y mantener á su mujer,

---

(1) D. 23. 2. 61. f. Papin.—5. 5. 4.

(2) D. 48. 5. 6. § 1.—50. 16. 101.—48. 5. 38. § 1.—C. 5. 4. 4.

(3) Nada dirémos aquí del crimen tan repugnante y contrario á la naturaleza, comun entre los romanos, y del que habian tratado los jurisconsultos y las leyes. Tambien se hallaba comprendido en la palabra *stuprum* (D. 48. 5. 31. § 1), y castigado de muerte (Inst. 4. 18. § 4.)

(4) Inst. 4. 18. §§ 4 y 8.

y ésta participa de los honores y dignidades de aquél (1); ella le debe obediencia y respeto (2), y no tiene otro domicilio que el de su marido. Hablarémos por separado del poder marital (*manus*), que en otro tiempo acompañaba á veces á las justas nupcias.—Los hijos habidos durante el matrimonio son del marido (*pater is est quem nuptiæ demonstrant*), y esta presuncion no podia ser desmentida sino por pruebas ciertas (3). Se reputa al hijo como habido durante el matrimonio, si ha nacido dentro de los diez meses despues de la disolucion de dicho matrimonio (4). La patria potestad resulta siempre de las justas nupcias, y recae sobre los hijos habidos de ellas, y sólo con ocasion de esta potestad tratan las Instituciones del matrimonio.

En cuanto á los bienes, véanse algunas ideas generales que explanarémos en adelante: comunmente se constituia á la mujer una dote (*dos*), por medio de un contrato dotal (*instrumentum dotale*). Se llamaban de aquel modo los bienes entregados al marido para sostener las cargas del matrimonio. El marido era reputado propietario de la dote, de la que tenía el goce, que podia enajenarla si consistia en objetos fungibles, ó si se le daba precio por el contrato, pues si no, debia conservarla en su misma naturaleza; no podia enajenar ni hipotecar los inmuebles dotales, ni áun con el consentimiento de su mujer. A la disolucion del matrimonio debia restituir la dote, y habia para obligarlo á ello una accion (*rei uxoriæ actio*) (5). Los demas bienes de la mujer, no comprendidos en la dote, se llamaban parafernales (*parapherna*); la mujer era propietaria de ellos, y el marido no tenía sobre los mismos más derechos que los que ella le daba (6).—Por su parte el marido hacía comunmente una donacion (*donatio propter nuptias*), que tenía por objeto asegurar la suerte de la mujer y de los hijos, y compensar en algun modo y garantir la dote. La mujer no tenía derecho sobre esta donacion sino á la disolucion del matrimonio; ó bien durante él, si el marido se veia obligado por el mal estado de sus negocios á hacer cesion de sus bienes á sus acreedores: entónces

(1) D. 1, 9. fr. 1. § 1 y fr. 8.—C. 10. 39. 9.
(2) D. 24. 3. 14. § 1.
(3) D. 1. 6. 6. f. Ulp.
(4) D. 38. 16. 3. § 11.
(5) D. 23. 5.—C. 5. 12 y sig.—Ulp. Reg. T. 6.
(6) C. 5. 14.

la mujer tomaba para sí y para sus hijos la donacion que se le habia dado por causa de las nupcias (1).

Disolucion del matrimonio.

Se disolvian las nupcias por la muerte de uno de los esposos, por la pérdida de la libertad, por la cautividad y por el divorcio (2). De estas formas sólo la última exige alguna explicacion. —Los romanos no tenian ni sobre la formacion del matrimonio ni sobre su disolucion las ideas que tenemos nosotros. Los matrimonios, como una cierta clase de contrato, se formaban por el consentimiento de las partes, seguido de la tradicion; de la misma manera se disolvian, porque se decia que todo lo que se ligaba se podia desligar (*quoniam quidquid ligatur solubile est*) (3). Así el divorcio (*divortium, repudium*) se conocia, segun los historiadores, en el principio de Roma (4); fué admitido en las Doce Tablas, cuyas disposiciones sobre este punto nos son desconocidas (5). Sin embargo, se ha pretendido que por más de quinientos años no se atrevió ningun marido á dar ejemplo de esto hasta Sp. Carvillo Ruga, que fué obligado por los censores á repudiar á su mujer por causa de esterilidad (6). Sin discutir si esta opinion se halla bien fundada, se puede observar que nada hay en la historia que indique que los romanos hubiesen abusado del divorcio hasta los últimos años de la república, en cuyo tiempo la relajacion de las costumbres penetró en la familias; los títulos de *vir* y de *uxor* perdieron su dignidad, y la duracion de un matrimonio comun no excedió de un consulado (7). Las leyes de Augusto, JULIA y PAPIA POPPEA, principiaron á disminuir estos abusos, y en adelante algunas constituciones imperiales arreglaron el divorcio, fijaron sus causas, y castigaron los que se habian hecho sin motivo.—El divorcio podia tener lugar, ya por consentimiento de los dos esposos (*bona gratia*) (8), ya por la voluntad de uno solo. En cuan-

(1) Inst. 2. 7. § 3.—C. 5. 3.
(2) D. 24. 2. 1.—Nov. 22. c. 3 y sig.
(3) Nov. 22. c. 3.
(4) Plutarque. *Romul.*
(5) Cicer. *Phil.* 2.—*De Orat.* 1. 40.
(6) Dionisio de Halicar. L. 2.—Valerio-Máximo. L. 2. c. 10.—Aul. Gel. L. 4. c. 3.
(7) Séneca. *De benef.*, lib. 3. c. 16.—Juven., sat, VI, v, 229.
(8) C. 5. 17. 9.

to al primer caso, el mismo Justiniano dice que no es necesario tratar de él, porque las convenciones de las partes le sirven de reglas (*pactis causam sicut utrique placuit gubernantibus*) (1). En cuanto al segundo, era preciso que la mujer ó el marido que quisiese repudiar á su cónyuge se fundase en uno de los motivos que habian fijado por primera vez Teodosio y Valentiniano (2); el divorcio hecho sin causa exponia á cualquiera de los esposos que lo hubiese provocado á las penas establecidas por los mismos emperadores, y que consistian principalmente en la pérdida de ciertos derechos pecuniarios. Justiniano en sus novelas confirmó y extendió esta legislacion (3). No era necesario, para verificar el divorcio, la intervencion de ningun magistrado; pero no podia hacerse sino en presencia de siete testigos (4), y despues que uno de los esposos hubiese enviado al otro el acta del repudio (*repudium mittere*) (5). Este acta contenia estas palabras convertidas en fórmula: *tuas res tibi habeto*, ten lo que te pertenece; *tua res tibi agito*, arregla tú mismo tus negocios (6).

Despues de la disolucion del matrimonio, podia el marido contraer otro inmediatamente, mas la mujer no podia hacerlo sino despues de pasado el año de duelo, bajo pena de infamia (7). Los segundos matrimonios, que habian sido prescriptos por las leyes de Augusto, fueron despues reprobados por las Constituciones imperiales. La ley Papia sólo daba á los cónyuges, para volverse á casar, dos años en caso de muerte, y año y medio en caso de divorcio (8). Teodosio y Valentiniano impusieron á los que se volviesen á casar penas pecuniarias y Justiniano los imitó (9). La legislacion de Augusto tenía por objeto la multiplicacion de los matrimonios y la propagacion de los ciudadanos, y la de Teodosio

---

(1) Nov. 22. c. 4.
(2) C. 5. 17. 8.
(3) Nov. 22. c. 15. 16.—Nov. 117. c. 5.
(4) D. 24. 2. 9. f. Paul.
(5) Véase cómo sobre esto se explica Teodosio: *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi præcipimus; solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum.* C. 5. 17. 8.—Parece que hay la diferencia entre *divortium* y *repudium*, que el primero expresa el hecho del divorcio, miéntras que el segundo designa especialmente el acto que contiene la declaracion de divorcio, hecha por un cónyuge á otro. Modestino señala esta otra diferencia: que el divorcio sólo tiene lugar entre cónyuges, miéntras que se llama tambien *repudium* el acta que rompe los esponsales (D. 50. 16. 101. § 1).
(6) D. 24. 2. 1. § 1.
(7) C. 5. 9. 2.—D. 3. 2.
(8) Ulp. Reg. 7. 14.
(9) C. 5. 9. 3. y sig.—Nov. 22. c. 22.—Nov. 127. c. 3.

y Justiniano el interes de los hijos del primer matrimonio, porque, si no existiese este interes, el segundo matrimonio no exponia á ninguna pena.

Del concubinato.

El concubinato (*concubinatus*) era el comercio lícito de un hombre y de una mujer, sin que entre ellos hubiese matrimonio (*licita consuetudo, causa non matrimonii*) (1). En las costumbres de los romanos era permitido el concubinato y áun comun; las leyes lo distinguian del *stuprum*, y no le imponian ninguna pena (*extra legis pœnam est*) (2). Pero desde que una union era acusada de violencia ó corrupcion ejercida sobre una persona honesta, desde que se formaba entre personas casadas, entre parientes ó afines en grado prohibido, no era un concubinato, sino un *stuprum, adulterium, incestum : Puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur* (3). Así el hombre casado no podia tener una concubina (4), ni se podian tener muchas á la vez : esto habria sido un libertinaje que las leyes no podian tolerar (5).

El concubinato nada tenía de honroso, sobre todo para la mujer: apénas se tomaban por concubinas más que manumitidas, mujeres de clase subalterna ó que se hubiesen prostituido : *In concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua; maxime ea quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit.* Una mujer ingenua y honrada debia tomarse como esposa (*uxorem eam habere*); ó al ménos, si sólo se la queria como concubina, se debia acreditar este hecho por un acto formal, pues de lo contrario el comercio con ella sería un *stuprum* (6). Pero esta mujer, consintiendo en ser concubina, perdia su consideracion y el honroso título de *mater familias*, de matrona. Marcelo no habla de ella sino con ocasion de las mujeres que siguen una conducta vergonzosa (7).

El concubinato no era en manera alguna un matrimonio; así es que no habia ni *vir* ni *uxor*, ni dote ni patria potestad; se podia

(1) C. 6. 57. 5. *in fin.*—D. 48. 5. 34.
(2) D. 25. 7. 3. § 1. f. Marc.
(3) D. 25. 7. 1. § 1. f. Ulp.
(4) C. 5. 26.—Paul. Sent. 2. 20.
(5) Nov. 18. c. 4. § *Si autem confusa.*
(6) D. 25. 7. 3.
(7) D. 23. 2. 41. f. Marcel.—48. 5. 13. f. Ulp.

tomar por concubinas á mujeres con quienes no habria podido casarse, á mujeres de mala vida, á actrices, y mujeres sorprendidas en adulterio (1); el administrador de una provincia podia tomar en ella una concubina y no una esposa (2). Así el concubinato no producia vínculo : cesaba en cualquier tiempo por la voluntad de las dos partes ó de una sola, sin que hubiese divorcio ni fuese preciso enviar acta de repudio. Podia tambien transformarse en justas nupcias si no habia impedimento.—Aunque no fuese un matrimonio, producia, sin embargo, efecto con relacion á los hijos : indicaba la paternidad. Estos hijos no eran *justi liberi*, pues no habia justas nupcias; pero tampoco eran *spurii*, *vulgo concepti;* se les llamaba *naturales liberi* (3); tenian por padre al hombre que vivia en concubinato con su madre. La cualidad de hijos naturales no los colocaba en la familia de su padre, ni les daba ningun derecho de sucesion sobre sus bienes (4); pero les permitia ser legitimados. Se podria, bajo algunos aspectos, compararlos con nuestros hijos naturales reconocidos. Mas es de observar que respecto de la madre, como su maternidad es siempre constante, y como no tiene patria potestad sobre ninguno de sus hijos, no podia haber apénas diferencia entre los hijos *justi*, *naturali* ó *spurii* (5).

Por regla general no se observaba ninguna formalidad para ponerse en concubinato, como era necesario para contraer matrimonio; como en las dos uniones habia cohabitacion con una sola mujer, á la cual podia uno unirse sin crímen, se sigue de aquí que la concubina sólo se distinguia de la esposa por la intencion de las partes (*sola animi destinatione*) (6), por el solo afecto del hombre (*solo dilectu*) (7), por la sola dignidad de la mujer (*nisi dignitate*) (8). Pero que ninguno se imagine que esta diferencia fuese difícil de establecer. La manera de ser en la familia y en la sociedad distinguia bien el concubinato de las justas nupcias. Por otra parte, en una infinidad de casos no podia haber equivocacion. Si se trataba de una mujer con quien no habria uno podido casarse,

(1) D. 25. 7. 1. § 2.
(2) Dig. 25. 7. 5.
(3) C. 5 27.
(4) Véase por tanto la novela 18, c. 5. en la que Justiniano les concede algunos derechos.
(5) Inst. 3. 4. 3.
(6) D. 25. 7. 4. f. Paul.
(7) Paul, Sent. 2. 20.
(8) D. 22. 1. 3. 49. 4. f. Ulp.

sorprendida en adulterio, domiciliada en la provincia y viviendo con el administrador, etc., no habia duda que era concubina. Si se trataba de una mujer ingenua y honrada, no habia tampoco duda, pues no podia vivir en concubinato sin que el hecho fuese acreditado por un acto manifiesto. En fin, si se trataba de una mujer de malas costumbres, se presumia que se hallaba en concubinato (1). El acta dotal que acompañaba comunmente á las justas nupcias era tambien un indicio (2).

De las legitimaciones.

XIII. Aliquando autem evenit ut liberi qui, statim ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea autem redigantur in potestatem parentum: qualis estis qui, dum naturalis fuerat postea curiæ datus, potestati patris subjicitur; necnon is qui, a muliere libera procreatus, *cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, *dotalibus instrumentis compositis*, in potestate patris efficitur. *Quod et aliis liberis*, qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

13. Mas á veces sucede que hijos que desde su nacimiento no se hallan bajo la potestad de sus ascendientes, pasan despues á esta potestad: tal es el que nacido hijo natural, y dado despues á la potestad de su padre; tal es tambien el que nacido de una mujer libre, cuyo matrimonio de ningun modo se hallaba prohibido por las leyes, y con la cual el padre sólo habia tenido comercio, despues, extendida el acta dotal conforme á nuestra constitucion, se halla bajo el poder del padre. Lo que igualmente ha concedido nuestra constitucion á los demas hijos que en adelante naciesen del mismo matrimonio.

Los hijos habidos de justas nupcias son legítimos y se hallan sometidos á la patria potestad; pero los hijos habidos fuera de justas nupcias se hallan fuera del poder y de la familia del padre. ¿No existia un medio para ponerlos bajo este poder y asimilarlos á los hijos legítimos? Bajo la república ningun acto tuvo este objeto especial. Es verdad que cuando se concedian los derechos de ciudad á un extranjero y á sus hijos, éstos desde este instante estaban mirados como habidos de justas nupcias, y entraban bajo el poder de su padre; pero este efecto sólo era una consecuencia accesoria de los derechos de ciudad que se les concedian. La ley

(1) D. 24. 2. 24. f. Modest.

(2) La religion cristiana trató por mucho tiempo de abolir el concubinato. El emperador Leon el Filósofo (año 88 de J. C.) concluyó por abrogar las leyes que lo habian permitido, como un error vergonzoso del legislador, contrario á la religion y á la decencia natural. «¿Por qué, dice, haciendo alusion al matrimonio, por qué, miéntras podeis beber en una fuente pura, habréis de beber en un charco? (*Leon.* const. 91.)

ÆLIA SENTIA y la ley JUNIA (1), de tiempo de Augusto, introdujeron algunas formas para hacer entrar bajo el poder del padre á los hijos que no lo estaban; pero estas formas eran particulares á ciertos casos, tenian relacion con los derechos de ciudad y con la legislacion sobre los manumitidos latinos : cayeron en desuso con esta legislacion (2).

Bajo Constantino apareció el primer medio general de hacer legítimos y de poner bajo el poder del padre á los hijos naturales. Esta parte de la legislacion se amplió en tiempo de los emperadores siguientes. En la época de las Instituciones, se podia llegar á este resultado de dos modos : por subsecuente matrimonio ó por oblacion á la curia.

Justiniano, en sus novelas, añadió otros dos : por rescripto del príncipe, y por testamento.—Se da en nuestros dias el nombre de *legitimacion* al acto por el cual los hijos naturales son legitimados (*justi*, *legitimi*, *efficiantur*). Aunque estas palabras no estuviesen consagradas en las leyes romanas, pueden usarse, porque expresan muy bien la idea. Examinemos sucesivamente los diversos modos de legitimacion. Una observacion general es que no pueden legitimarse sino los hijos nacidos de un concubinato, y no los hijos *spurii*, puesto que no tenian padre conocido á los ojos de la ley.

Legitimacion por subsecuente matrimonio. Tiene lugar cuando un hombre que tiene hijos de una concubina se casa con esta última y trasforma el concubinato en justas nupcias. Fué introducida por Constantino (año 335 de J. C.). Zenon (576 de J. C.), en una constitucion citada en el código, declara que esta legitimacion no podia aplicarse sino á los hijos naturales ya existentes al tiempo de la publicacion de su ley. Su objeto era empeñar á las personas que vivian en concubinato á que se apresurasen á contraer matrimonio, si tenian hijos, con el fin de legitimarlos : si no los

(1) Gay. 1. § 65.—Ulp. Reg, 3. § 3.

(2) Gayo desenvuelve estas formas. La primera (*per causam probare*) tenia lugar para el manumitido latino que se habia tomado una mujer, declarando ante testigos que la tomaba con el objeto de tener hijos de ella (*liberorum quærendorum causa*); cuando habia tenido un hijo ó una hija, podia, cuando este hijo llegaba á tener un año de edad (*anniculus factus*), presentarse ante el pretor ó presidente, probar el motivo porque se habia unido á la madre (*causam probare*); y desde entónces, de latino que era, se hacia ciudadano romano y adquiria la patria potestad sobre su hijo que se hacia legítimo (G. 1. § 66.—Ulp. Reg. 3. § 3.). El segundo (*per causam erroris probare*) tenia lugar para el ciudadano romano que por error se hubiese casado con una manumitida latina, con una extranjera, ó recíprocamente : se podia, cuando de esta union habian nacido hijos, probar la causa del error (*causam erroris probare*), en cuyo caso la union se convertia en justas nupcias, y el padre adquiria la patria potestad (Gay. 1. § 67 y sig.).

tenian, por temor de no poder legitimar á los que tuviesen despues (1). Pero Justiniano restableció como principio general esta forma de legitimacion (2).

Las condiciones necesarias para que la legitimacion tuviese lugar eran : —1.° Que en el momento de la concepcion de los hijos, el matrimonio entre el padre y la madre no se hallase prohibido por ninguna ley (*cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*). Es verdad que algunos comentadores entienden simplemente por estas palabras que el matrimonio debia ser posible en el momento en que se queria legitimar á los hijos; pero este sentido, absolutamente insignificante, no es el de la ley; y Teófilo en su paráfrasis dice claramente : «Yo he tenido comercio con una mujer que ninguna ley me prohibia tener por esposa; sólo faltaba para ello mi voluntad; he tenido un hijo de ella, etc.»— 2.° Que se extendiese un acta conteniendo la constitucion de la dote (*dotalibus instrumentis compositis*), ó que simplemente sirviese para probar el matrimonio (*instrumenta nuptialia; nuptialis tabulæ*). Semejante acta no era necesaria para la validez del matrimonio, pero sí lo era para la legitimacion, á fin de fijar sin la menor duda el instante en que, trasformándose el concubinato en justas nupcias, tenía lugar la legitimacion. Por lo demas, ningun texto de la ley exigia que los hijos fuesen inscriptos en este acta de matrimonio.—3.° Que los hijos ratificasen la legitimacion (*hoc ratum habuerint*), porque no podian contra su voluntad verse sometidos á la patria potestad ; nada impedia que los unos consintiesen en ello y los otros no. En la novela 89, c. 11, enuncia Justiniano por la vez primera estos principios, que en otra parte se hallaban reconocidos (3).

Quod et aliis liberis. El efecto de las justas nupcias, contraidas en lugar del concubinato, se extiende, ya á los hijos nacidos, ya á los que nazcan despues : los primeros, de naturales que eran, se hacen legítimos ; y los segundos, en vez de nacer naturales, nacerán legítimos. Ademas, todos los textos, no sólo el de las Instituciones, sino áun el del código, no dejan de indicar este doble resultado (*vel ante matrimonium vel postea progeniti..... Sive ante dotalia*

(1) C. 5. 27. 5.
(2) C. 5. 27. 10.
(3) D. 1. 6. 11. f. Modest.

instrumenta editi sint, sive postea) (1). Entre estos últimos es preciso comprender al hijo concebido ántes, pero nacido despues, de la confeccion del acta dotal. Concebido fuera de matrimonio, deberia ser natural (2); pero aplicándose á él la legitimacion, nace legítimo (3).—Por lo demas, para que la legitimacion tenga lugar, no es en manera alguna necesario que nazcan los hijos despues de la formacion del acta dotal. Esta cuestion no se presentaria, si algunas expresiones equívocas de una constitucion de Justiniano no la hubiesen promovido (4). Pero este emperador se apresuró á disipar la duda, declarando que los hijos naturales serian legitimados, ya naciesen con posterioridad al matrimonio, ya no naciesen, ó ya que muriesen los que naciesen (5).

Se podia legitimar por subsecuente matrimonio á los hijos habidos de una concubina manumitida, lo mismo que á los habidos de una concubina ingenua (6). Mas un señor sin hijo legítimo, pero habiendo tenido hijos de su esclava, podia, conforme á una novela de Justiniano, manumitir á la madre, casarse con ella, y por este solo hecho venir á ser sus hijos libres y legítimos (7): ésta es una derogacion del principio de que no se puede legitimar

---

(1) C. 5. 27. fr. 5 y 10. Sin embargo, estas expresiones del texto *quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit*, han sido generalmente consideradas como corrompidas, porque, segun se dice, los hijos nacidos despues de matrimonio no necesitan que se les conceda una legitimidad que tienen de derecho. Por consiguiente, se han presentado muchas correcciones más ó ménos razonables. Cuiacio dice: *Quod etsi alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati*, etc. Pero la más ingeniosa y la más sencilla es la de Bynkersh, que no cambia absolutamente más que una sola letra: *Quod ut aliis liberis*, etc., y el sentido seria entónces éste: lo que nuestra constitucion les concede lo mismo que á los otros hijos que naciesen del mismo matrimonio. Esta correccion deberia sin duda admitirse, si fuese indispensable, y si por otra parte se pudiese dar rienda suelta al propósito de corregir textos. Pero los pasajes del código, que hemos citado en nuestras explicaciones, prueban que en más de un lugar han hablado los emperadores de la legitimidad producida por las nupcias con respecto á los hijos nacidos ya ántes ya despúes de ellas. La paráfrasis de Teófilo viene á disipar toda duda: No sólo, dice, los que han nacido ántes del acta dotal, sino áun los que nazcan despues, se hallarán sometidos á mi poder. Asi el texto debe conservarse tal como está. Esto establecido, ¿será preciso entenderlo como no habiendo querido hablar sino del hijo concebido ántes del matrimonio y nacido despues, porque dicho hijo necesita de legitimacion? Esta es una opinion ingeniosa, indicada por un antiguo comentador; pero fuera de que particularizaria una ley general, basta una observacion para destruirla: las Instituciones y Teófilo hablan de *muchos hijos* nacidos despues de este matrimonio; mas si no se habia hecho alusion sino al hijo concebido ántes y nacido despues, no se hubiera hablado sino de *un hijo*, como en la ley II del código 5. 27., y en la novela 80. c. 8.; porque, á no ser gemelos, no podria encontrarse más de un hijo en este caso.

(2) D. 1. 5. 11. f. Paul.

(3) C. 5. 27. 11.

(4) C. 5. 27. 10.

(5) C. 5. 27. 11.—Inst. 3. 1. 2.—Nov. 74. Pref.

(6) Nov. 18. c. 11.

(7) Nov. 78. c. 4.

sino á los hijos con cuya madre se habria podido casar en el momento de la concepcion.

Legitimacion por oblacion á la curia. Hemos explicado largamente (*Hist. del der.*, p. 293) lo que eran curias, curiales y decuriones. Sabemos que los curiales formaban el primer órden de la ciudad, y gozaban de muchos privilegios; pero que su clase los sometia á muchas obligaciones onerosas, que en vano trataban de evitar. Sabemos que el título de curiales se trasmitia del padre á los hijos legítimos, que los ciudadanos ricos podian hacerse admitir por la curia, ellos ó sus hijos, y entrar de este modo en la clase de los curiales. Pero el padre que quisiese proporcionar este honor á sus hijos, debia asegurarles una fortuna que los hiciese capaces de aspirar á él. Los hijos naturales de un padre curial no sucedian en su título. Por otra parte eran incapaces de recibir por el testamento de su padre más de una porcion determinada de sus bienes. Teodosio y Valentiniano (an. 442 de J. C.) fueron los primeros en declarar que si un ciudadano, ya fuese curial ó no, no tuviese más que hijos naturales, le permitian ofrecer á la curia de su ciudad aquellos de sus hijos que quisiese, y por consiguiente darles por donacion ó por testamento hasta la totalidad de sus bienes: que igualmente, si una hija natural se casaba con un curial, ella se haria por este hecho capaz de recibir tambien la totalidad de los bienes de su padre. El objeto de estos emperadores era, en el primer caso, excitar á que entrasen más personas en la clase de los curiales; en el segundo caso, conceder un beneficio á los curiales ya exitentes (*ut novos lex faciat curiales, aut foveat quos invenit*) (1). Parece que esta institucion se extendió con el tiempo; el hijo natural ofrecido á la curia adquirió derechos de sucesion áun *ab intestato*, como si fuese legítimo (2): pasó bajo la patria potestad (*legitimus mox fiet, naturalium jure omnino liberatus*); y la oblacion á la curia viene á ser una forma de legitimacion. Justiniano la confirmó, y no la permitió sólo, como se había hecho hasta entónces, á los que sólo tenian hijos naturales, sino áun á los que ya tenian otros hijos legítimos (3). Una cosa particular á esta forma de legitimacion es, que el hijo, aunque pasase á poder del padre, no adquiria derechos sino con rélacion á este último, y

(1) C. 5. 27. 3.
(2) C. 5. 27. 4.
(3) C. 5. 27. 9. § 3.—Nov. 89. c. 2 y sig.

ninguno sobre sus agnados y cognados, de tal modo que se puede decir que no entraba en la familia (1), cosa que habria sido inconciliable segun los principios rigorosos del antiguo derecho, porque no se podia estar bajo el poder del padre sin estar en su familia.— Es menester no creer que la oblacion á la curia fuese una forma de legitimacion al alcance de todo el mundo; no lo era sino para las personas ricas. No debe creerse tampoco que los hijos ofrecidos á la curia se hallasen en una situacion subalterna y como servil, pues entraban en la clase de curiales, y debian desempeñar á su vez las atribuciones de decuriones. La oblacion á la curia tenía por efecto darles á un tiempo un título honroso aunque molesto, y la fortuna de su padre (*curiæ splendore honestare, et hereditatis opibus adjuvare*) (2). Una infinidad de textos, fuera del que acabamos de citar, acreditan el honor que se daba á estos títulos: «*Illustris ordine civitatis illuminet.—Municipalibus eum voluit aggregare muneribus et donare patriæ principalem—nostræ civitatis curiæ principalem*, etc.» (3). Y se habia tanto más exagerado el atractivo de estos honores, á proporcion que sus cargas efectivas habian llegado á ser más onerosas. Por lo demas, los hijos no podian ser legitimados contra su voluntad, lo mismo por oblacion á la curia que por subsecuente matrimonio.

Legitimacion por rescripto. Esta forma fué introducida por Justiniano en la novela 74. Consistia en obtener del emperador un rescripto que permitiese la legitimacion; pero era preciso, para merecer este permiso, que el padre que lo pedia no tuviese ningun otro hijo legítimo, y que le fuese imposible casarse con la madre de sus hijos naturales, ya por haber muerto, ya por haber desaparecido, ó por cualquiera otra razon válida (4).

Legitimacion por testamento. Si un padre que no tuviese más que hijos naturales, no los hubiese legitimado en vida, y que al morir hubiese manifestado en su testamento el deseo que tenía de que lo fuesen, estos hijos podian dirigirse al emperador y obtener de él un rescripto que permitiese su legitimacion: de esta manera serian herederos de su padre (5).

---

(1) Ib. par.
(2) C. 5. 27. 3.
(3) C. 5. 27. fr. 3 y 4.
(4) Nov. 74. c. 2.—Nov. 89. c. 9.
(5) Nov. 74. c. 2. § 1.—Nov. 89. c. 10.

Segun una constitucion de Anastasio, la adopcion habia sido un medio de legitimar á los hijos naturales; pero Justino derogó esta constitucion, y Justiniano confirmó dicha derogacion (1).

TITULUS XI.

DE ADOPTIONIBUS.

Non solum autem naturales liberi, secundum ea quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii quos adoptamus.

TÍTULO XI.

DE LAS ADOPCIONES.

No sólo los hijos naturales (2), segun lo que hemos dicho, se hallan bajo nuestra potestad, sino tambien los que adoptamos.

Gayo, Ulpiano y las Instituciones tratan de la adopcion sólo como de un acto que produce el poder paterno.

La adopcion, desde su orígen, tenía por objeto introducir á una persona en la familia del que la adoptaba, y adquirir sobre ella la patria potestad. El adoptado salia de su familia natural, en la que perdia todos sus derechos de agnacion, y por consiguiente de sucesion; se hacía en ella extraño á los dioses domésticos y á las cosas sagradas; pero entraba en la familia del adoptante, en la que adquiria los derechos de agnacion y sucesion, y la comunidad de los dioses lares y de las cosas sagradas. Tomaba el nombre del adoptante, y sólo conservaba el de su antigua casa, transformándole en adjetivo, por medio de la terminacion *ianus*. *Scipio Æmilianus*, Scipion Emiliano; *Cæsar Octavianus*, César Octaviano (*Hist. del der.*, p. 231). Las adopciones, como dice Ciceron, llevaban consigo el derecho de suceder en nombre, bienes y dioses domésticos (3).

La adopcion se encuentra entre las antiguas instituciones de Roma. Se ve en la historia más de una familia poderosa, próxima á acabarse por falta de hijos, renovarse por una adopcion. Este acto era mucho más frecuente de lo que es en nuestros dias, y no dejaba de ser comun, principalmente en las familias patricias. Sin embargo, se consideraba como que no habia merecido bien de la

---

(1) C. 5. 27. fr. 6 y 7.—Nov. 74. c. 3.

(2) La palabra hijos naturales (*naturalis liberi*), tomada, como en el título anterior, en oposicion á *justi liberi*, designa los hijos habidos de un concubinato; pero tomada, como aquí, en oposicion á *liberi adoptivi*, designa los hijos realmente habidos de una persona.

(3) *Hereditas nominis, pecuniæ, sacrorum secutæ sunt.* Cicer. *Pro dom.* 13. § 35.

patria el que no la habia dado por sí mismo hijos, y que habia tenido que recurrir á una paternidad ficticia (1).

Por lo demas, importa comprender el verdadero carácter de esta instituicon en la ciudad romana. Miéntras que las nupcias, abstraccion hecha de la *manus*, del poder marital, era un acto privado, la adopcion, como ya lo hemos visto en la manumision, y como verémos en breve en el testamento, era un acto público, ligado esencialmente al órden político. Por la manumision se daba á la ciudad un nuevo individuo; por la adopcion uno de sus individuos, uno quizá de sus jefes de familia, era absorbido y trasportado á otra familia; por el testamento se designaba un hombre en la ciudad para ocupar el lugar del muerto, para continuar jurídicamente su personalidad. Pero las constituciones aristocráticas y patricias, tales como la de Roma, no permitian fácilmente esta alteracion de las familias, estos individuos nuevamente dados, arrebatados á la asociacion ó modificados en su situacion: es preciso que la asociacion consienta en ello, ó cuando ménos que á ello concurra.

Existe, bajo este aspecto, una analogía bien notable y que interesa mucho estudiar, entre la manumision, la adopcion y el testamento; sobre todo, entre estas dos últimas instituciones.

El pueblo, las curias romanas, son los que deben pronunciar: sólo ellas por una ley curiada pueden hacer la adopcion ó el testamento. La ciudad, la corporacion, es la que consiente en la absorcion de uno de sus individuos en otra familia, ó en que tal individuo, despues de su muerte, sea continuado en la ciudad por tal otro.

Desde entónces, y en el principio, no era necesario sobre estos puntos un derecho preciso ni reglas determinadas; las curias soberanas pronuncian y hacen una ley en cada caso.

Posteriormente se emplean medios ficticios é ingeniosos que conducen al mismo resultado con ménos dificultades. La intervencion de la ciudad desaparece ó se hace ménos directa, y por consiguiente las reglas principian á precisarse y formularse. Así hemos visto una venta ficticia de la libertad (*la vindicta*, la *in jure cessio*), suministrar un medio de hacer manumisiones, sin esperar el empadronamiento de los ciudadanos y sin inscripcion en el cen-

---

(1) Gel. 5. 19.

so; así, una mancipacion ficticia del patrimonio de la herencia futura conducirá á una especie de testamento indirecto (*testamentum per æs et libram* (véase lib. 2, tít. 10, § 1); así, las mancipaciones ficticias conducirán á poner á un hijo fuera de la patria potestad y á hacerlo jefe de familia ántes de la muerte de su padre; poder que ni el derecho primitivo, ni la ley misma de las Doce Tablas, daban al padre (véase lib. 1, tít. 12, § 6); así, en fin, combinadas estas dos formalidades (las mancipaciones ficticias, y la *vindicta*, la *in jure cessio*), conducirán, cuando se trate, no ya de un jefe, sino de un hijo de familia, á una especie de adopcion, en la que no se verá el concurso del pueblo. Véase al derecho privado que gana terreno sobre el derecho público.

En efecto, la palabra *adopcion* era una voz genérica. Pero se distinguieron dos especies de adopciones: la *adrogacion*, que se aplicaba á los jefes de familia *sui juris*, la *adopcion* propiamente dicha, que se aplicaba á los hijos de familia *alieni juris*. Se diferenciaban en sus formas y en sus efectos.

La primera pertenece al derecho primitivo y orgánico; la segunda ha ocurrido por medios ficticios é ingeniosos.

La adrogacion hacía pasar bajo el poder de otro á un jefe de familia con todos sus bienes y todas las personas que á él se hallaban sometidas. La casa de que era jefe se confundia con la del adrogante; no era ya inscrito en el censo como padre de familia, sino sólo como hijo; perdia sus dioses domésticos y entraba á participar de las cosas sagradas de su nueva familia (*in sacra transibat*) (1); cambios importantes para la ciudad y para la religion, que necesitaban el consentimiento del pueblo y la aprobacion del colegio de los pontífices (2); así la adrogacion quedó sometida al derecho primitivo, no pudiendo tener lugar sino en virtud de una

(1) C. 3. 28. 37. § 2.—Ib. 6. 58. 13 § 1.—Valer. 7. 7.

(2) Parece que áun en los últimos tiempos de la república no habia todavía leyes especiales para arreglar las condiciones de la adopcion; pero se seguia para este acto un derecho de costumbre y la decision del colegio de los pontífices. Vemos en Ciceron un pasaje relativo á esta materia. Un senador, llamado Clodio, queriendo entrar en el órden de los plebeyos para ser tribuno, se habia dado en adrogacion á un plebeyo, que era más jóven que él. Ciceron, interesado en probar la nulidad de esta adopcion, hablaba así en un discurso pronunciado delante del colegio de los pontífices: «..... *Quod est, Pontifices, jus adoptionis? nempe ut is adoptet, qui neque procreare jam liberos possit, et quum potuerit, sit expertus. Quæ deinde causa cuique sit adoptionis, quæ ratio generum ac dignitatis, quæ sacrorum, quæri a pontificum collegio solet? Quid est horum in ista adoptione, quæsitum? Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem? Liberorumve causa? at procreare potest, habet uxorem suscepi etiam liberos. Exhæredabit igitur pater filium. Quid? sacra Clodiæ gentis cur intereunt quod in te est?*» (Cic. Pro *dom.* 13. § 34.)

ley curiada (*populi auctoritate*). Se preguntaba en los comicios al adrogante si queria tomar tal persona por su hijo legítimo; al adrogado, si queria serlo; al pueblo, si lo ordenaba; y entónces, si el colegio de los pontífices no se habia opuesto, se hacía la adrogacion. De estas diversas interrogaciones viene el nombre de *adrogacion* (1). Es verdad que poco despues de las Doce Tablas, en la época en que las asambleas por curias sólo tuvieron ya lugar de un modo ficticio, vino á ser esta ley curiada una simple formalidad: treinta lictores representaban á cada una de las curias, y bajo la presidencia de un magistrado daban su consentimiento á la adrogacion (*Hist. del der.*, p. 162).

La adopcion propiamente dicha tenía por efecto hacer pasar á un hijo de una familia á otra. Para esta adopcion se presentaba un medio ingenioso y una forma ficticia de realizacion. Toda la patria potestad del que daba en adopcion debia acabar en él, y transmitirse al jefe que adoptaba. Por esto se concibe que las formas indirectas de esta adopcion debieron ser, por una parte, formas propias para la extincion, y por otra, para la cesion de la patria potestad. Se componian de la venta solemne, llamada *mancipatio*, *alienatio per æs et libram*, y de la cesion jurídica (*in jure cessio*). La mancipacion, que debia repetirse tres veces para un hijo varon en primer grado, sirvió para destruir la patria potestad, conforme á la ley de las Doce Tablas (*Hist. del der.*, p. 85); la cesion jurídica sirvió para hacer declarar por el magistrado que el hijo pertenecia, en calidad de tal, al adoptante (2).

En los últimos tiempos de la república se introdujo el uso de declarar en su testamento, que se consideraba como á su hijo á tal ciudadano. De esta manera Julio César adoptó á Octavio, y más

---

(1) « *Quæ species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur an velit eum quem adoptaturus sit justum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri jubeat.*» (Gay. 1. 99).—Las fórmulas de estas diversas interrogaciones nos las indica Ciceron, *Pro domo*, 20. y Aul. Gel. *Noct. att.* 5. 10. « *Velitis, jubeatis »Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque »familias ejus natus esset, utique eo vitæ necisque in eum potestas siet uti pariendo filio est, hoc ita ut »dixi vos, Quirites, rogo.*»

(2) *Adoptantur autem, cum a parente in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum apud quem legis actio est, vindicatur* (Gel. 5. 19), Suet. *In Aug.* 64.—¿Para qué se necesita el concurso de citar dos formalidades, la *mancipation* y la *cession in jure*? ¿No bastaria una sola? No. Era precisa la mancipacion, porque era ésta el único medio que indicaban las Doce Tablas para extinguir la patria potestad del jefe que daba en adopcion. Era precisa, ademas, la cesion *in jure*, porque en virtud de la mancipacion el hijo era vendido, es verdad, solemnemente, pero no en cualidad de hijo de familia; se encontraba *in mancipio* del que lo adquiria, y sólo la cesion *in jure* le daba la cualidad de hijo. Bueno será recordar

de un emperador siguieron este método; pero para que esta adopcion tuviese efecto, fiel á los antiguos principios, habia cuidado de hacerla ratificar por un plebiscito (1). Por lo demas, no podia producir patria potestad, pues que el adoptante habia muerto : daba sólo derechos de sucesion, como si aquella patria potestad hubiese tenido lugar. En tiempo de Gayo y de Ulpiano las condiciones de las adopciones se habian extendido por senado-consultos, por constituciones, y sobre todo, por los escritos de los jurisprudentes; en cuanto á las formas, eran todavía los mismas que acabamos de exponer. Podia causar extrañeza que la adrogacion se hiciese por la autoridad del pueblo (*per populum; auctoritate populi*) (2), cuando ya esta autoridad se habia extinguido, y cuando no habia ninguna asamblea popular; sin embargo, recordando que sólo se usaba una ceremonia ficticia, que muy bien podria sobrevivir á la república, cesará toda extrañeza. Por lo demas, esta ficcion desapareció en adelante, y las adrogaciones vinieron á hacerse en virtud de un rescripto imperial.—Vamos ahora á examinar sobre este punto la legislacion de Justiniano, segun las Instituciones.

I. Adoptio autem duobus modis fit, aut *principali rescripto*, aut *imperio magistratus*. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve qui quæve sui juris sunt: quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos easve qui quæ ve in potestatem parentum sunt: sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia; sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

1. La adopcion se hace de dos maneras: por *rescripto del príncipe* ó *por autoridad del magistrado*. Con la autorizacion del emperador se adopta á los hombres ó á las mujeres que son *sui juris*, cuya especie de adopcion se llama adrogacion. Por autoridad del magistrado adoptamos á los hijos sometidos bajo la patria potestad, ya se hallen en primer grado, como el hijo ó la hija, ya en un grado inferior, como el nieto ó la nieta, el biznieto ó la biznieta.

Principali rescripto. La adrogacion bajo Justiniano se conservó, con muy corta diferencia, tal como se hallaba en su forma, en sus condiciones y en sus efectos. Se hacía por rescripto del príncipe,

---

que la cesion *in jure*, de que ya hemos hablado, era la representacion ficticia de un litigio ó proceso. El que adquiria y queria adoptar reclamaba al hijo como suyo por una venta simulada ante el magistrado encargado de la jurisdiccion (*vindicabat*); el padre no contradecia, y el magistrado declaraba que el hijo pertenecia al adoptante. Véase por qué el pasaje de Aul. Gel que hemos citado, y la ley 4 del Dig. 1. 7, dicen que la adopcion no podia hacerse sino por los magistrados, ante quienes podian intentarse las acciones de la ley, como los pretores, los cónsules y los presidentes.

(1) App. *Bell. civ.* 3. 14. 94.

(2) Gay. 1. 99.—Ulp. Reg. 8. § 2.

que sólo daba su autorizacion con conocimiento de causa (*causa cognita*). Se examinaba si el adoptante tenía ménos de 60 años, y si tenía ya otros hijos naturales ó adoptivos; porque en general no se debia permitir la adopcion al que podia todavía tener hijos, ó que ya los tenía. Sin embargo, motivos tales como una enfermedad ó el deseo de adoptar á un pariente, hacian obtener la autorizacion imperial (1).

Imperio magistratus. Justiniano modificó la adopcion propiamente dicha, tanto en su forma cuanto en sus efectos. En su forma, porque suprimiendo, ya la mancipacion, ya la cesion *in jure*, decidió el emperador que bastase extender ante el competente magistrado y en presencia de las partes, un acta que acreditase la adopcion, con el consentimiento reunido del que daba, del que recibia, y del que era dado en adopcion (2). Sin embargo, por parte de este último bastaba que no hubiese oposicion (*eo qui adoptatur non contradicente*); de donde se sigue que se podian dar en adopcion hasta los niños que todavía no hablasen (*etiam infantem*) (3). En cuanto á las alteraciones introducidas en los efectos de la adopcion, se exponen en el párrafo siguiente.

II. Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias a patre naturali *extraneæ personæ* in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis *non extraneo*, sed avo filii sui materno; vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

2. Mas hoy, segun nuestra constitucion, el padre natural, cuando da á su hijo de familia en adopcion á *una persona extraña*, no pierde ninguno de sus derechos, ni pasa nada al padre adoptivo; y el hijo no está bajo la potestad de este último, aunque le concedamos derechos de sucesion *ab intestato*. Mas cuando el padre natural da su hijo en adopcion, *no á un extraño*, sino á su abuelo materno, ó bien, si el mismo padre natural fuese emancipado, á su abuelo paterno, ó áun á su bisabuelo paterno ó materno, en este caso, como en una misma persona concurran los derechos que dan la naturaleza y la adopcion, dejamos al padre adoptivo todos sus derechos fundados sobre un vínculo natural y legalmente establecido por la adopcion, de manera que el hijo pase bajo su poder y á su familia.

(1) D. 1. 7. 15 § 2 y sig.
(2) C. 8. 48. 11.
(3) D. 1. 7. 42. f. Modest.

Extraneæ personæ. En virtud de estas alteraciones, introducidas por Justiniano, es preciso distinguir respecto de la adopcion propiamente dicha, dos casos : 1.° Aquel en que un hijo es dado en adopcion por su padre á un extraño (*extraneo*). Por extraño se entiende el que no es ascendiente. 2.° Aquel en que es dado á un ascendiente.—En el primer caso, la adopcion pierde totalmente su carácter primitivo; el hijo no pasa ya bajo la patria potestad del adoptante, ni entra en lá familia adoptiva, ni adquiere ningun derecho de agnacion. Todos los efectos de la adopcion se reducen á establecer en las costumbres una especie de relacion ficticia de paternidad y filiacion entre el adoptante y el adoptado, y á dar á este último un derecho de sucesion *ab intestato* á la herencia del adoptante. Importa notar estas palabras : derecho de sucesion *ab intestato*. El adoptado sólo sucederá en el caso de no haber testamento; si el adoptante lo hace, tiene libertad para dejar al adoptado lo que quiera, y áun podrá no dejarle nada (1), cosa que no tendria lugar si se hubiese producido la patria potestad, porque verémos que un hijo legítimo no podia ser despojado absolutamente de la herencia paterna (2). Pero precisamente porque no entraba en la familia del adoptante, el hijo dado en adopcion no salia de su familia natural, ni perdia en ésta ninguna de sus ventajas, de donde resultaba que tenía á un tiempo, á la herencia del padre natural, los derechos de hijo legítimo, y á la del adoptivo, los derechos *ab intestato*. ¿Cuál era el objeto de estas modificaciones? Justiniano lo expone en su constitucion (3): antiguamente, al salir el hijo de la familia paterna, perdia sus derechos en ella; si despues salia por emancipacion de la familia adoptiva, perdia tambien sus derechos, y se hallaba así despojado por dos partes. Los pretores habian tratado de evitar este inconveniente; y lo hicieron, pero sólo en parte (4); y Justiniano quiso que en un todo desapareciese.—Cuando el jefe de la familia habia dado en adopcion, no su hijo, pero sí su nieto ó su nieta, tenía tambien aplicacion, aunque con alguna restriccion, todo lo que acabamos de decir; porque si el abuelo llegaba á morir en tiempo en que el nieto ó la nieta no eran sus herederos, porque eran precedidos en

(1) *Licentiam damus tali adoptivo patri, id ex extraneo, si voluerit, nihil ei testamento relinquere; sed quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit et non legitimo vinculo adstrictum.* (C. 8. 48. 10. § 1.)
(2) Inst. 2. 18.
(3) C. 8. 48. 10.
(4) Inst. 3. 1. 10.

la familia por su padre, entónces, no habiendo tenido sucesion en la familia natural, conservaban intactos en la familia adoptiva, aunque extraña, los derechos que daba ántes la adopcion (1).

Non extraneo. Es decir, á un ascendiente. Es cosa bien singular: sucedia entre los romanos que un abuelo ó un padre adoptasen á su propio nieto ó hijo. ¿Por qué? Porque sucedia con frecuencia que un abuelo ó un padre no tenian patria potestad sobre su nieto ó su hijo; y el único medio de adquirirla era la adopcion (2). Algunos ejemplos ilustrarán la materia.—Primer ejemplo : nunca un abuelo materno tenía bajo su potestad y en su propia familia á los hijos de su hija ; si queria adquirirlos y darles derechos de sucesion, era preciso que los obtuviese en adopcion de su yerno.—Segundo ejemplo : un jefe de familia ha emancipado á su hijo ; éste se ha casado y ha tenido hijos; estos hijos, nacidos despues de la emancipacion, no se hallaban bajo la potestad de su abuelo. Si este último quiere adquirirlos, es preciso que los reciba en adopcion.—Tercer ejemplo : un jefe de familia tiene bajo su potestad á su hijo ó á los hijos de éste ; emancipa al hijo, y retiene á los hijos de este mismo. El padre emancipado se encuentra sin tener bajo su potestad á sus propios hijos ; si quiere adquirirlos y darles derechos, es preciso que los obtenga en adopcion de su abuelo.—En todos estos casos y otros semejantes se ve que la adopcion hecha por el ascendiente sólo tiene por objeto adquirir la patria potestad y dar al hijo derechos de legítima sucesion. Así Justiniano le conserva sus efectos : la patria potestad se encuentra, como en otro tiempo, destruida respecto de aquel que da en adopcion, y trasladada al ascendiente que recibe. Por otra parte, hallándose ya unido este ascendiente con el adoptado por los vínculos de la sangre, no hay temor de que lo emancipe sin razon, ni que lo despoje de su herencia. Éste es el motivo principal que indica Justiniano (3).

III. Cum autem *impubes* per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur, et exquiritur causa adrogationis *an honesta sit, expediatque pupillo. Et cum quibusdam conditionibus* adrogatio

3. La adrogacion de un *impúbero*, hecha por rescripto del príncipe, no se permite sin conocimiento de causa, y se investiga si *el motivo de ella es honesto, y si es ventajoso para el pupilo;* y la adopcion no se hace

(1) C. 8. 48, 10. § 4.
(2) D. 1. 7. 12. fr. Ulp.
(3) C. 8. 48. 10. princ. *in fin.*

fit, id est, ut *caveat adrogator personæ publicæ*, si intra pubertatem pupillus decesserit, restiturum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet, præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea adquisivit.

sino *bajo ciertas condiciones*, que son las siguientes: el adrogante debe *dar caucion á una persona pública* de que si el pupilo muere ántes de la pubertad, restituirá sus bienes á aquellos que sin la adopcion le habrian sucedido. Ademas no pueden emanciparlo sino probando ante el magistado que ha merecido la emancipacion; y entónces debe restituirle sus bienes. Mas si al morir el padre, lo desheredase, ó en vida lo emancipa sin motivo, será condenado á dejarle la cuarta parte de sus propios bienes; lo que se entiende fuera de aquellos bienes que el pupilo transfirió al padre adoptivo, ó que adquirió despues.

La adopcion hecha por la voluntad del jefe de familia, por medio de mancipaciones ó de la *cessio in jure*, se aplicaba á todos los hijos que se hallaban bajo potestad, sin distincion de edad ni de sexo. Pero la adrogacion, hecha por los comicios, con interrogacion del adoptante, del adoptado y del pueblo, no podia aplicarse, en la época en que esta solemnidad era una cosa grave y formal, sino á los ciudadanos que formaban parte de los comicios, pues las mujeres y los impúberos eran excluidos. Una constitucion de Antonino Pío permitió la adrogacion de los impúberos. En cuanto á la de las mujeres, nos dice Gayo que no era permitida en su tiempo (1); no lo era tampoco en el de Ulpiano, de quien son las siguientes palabras: «*Per populum vero romanum feminæ quidem non adrogantur. Pupilli antea quidem non poterant; nunc autem possunt ex constitutione divi Antonini Pii*» (2). Pero un fragmento del Digesto nos manifiesta que bajo el imperio de Justiniano era permitida la adrogacion de las mujeres, lo mismo que la de los hombres: «*Nam et feminæ ex rescripto principis adrogari possunt* (3). Así las mujeres y los impúberos podian ser adrogados, observando respecto de estos últimos ciertas condiciones.

An honesta sit, expediatque pupillo. Cuando se trataba de la

(1) Gay. 1. §§ 101 y 102.

(2) Ulp. Reg. 8. § 5. Nótese que en esta época la intervencion de las curias era ya una ficcion (véase pág. 132).

(3) D. 1. 7. 21. Este fragmento lo atribuyen á Gayo los compiladores del Digesto; pero es evidentemente una de aquellas alteraciones de que hemos hablado (*Hist. del der.*, p. 339). Queriendo Triboniano y sus colaboradores variar en este punto el antiguo derecho, hacen decir á Gayo lo contrario de lo que habia dicho.

adrogacion de un impúbero era preciso, ademas de las investigaciones ordinarias, examinar si lo que movia al adrogante era un afecto sincero y honrado; consideracion que, segun las costumbres de los romanos y de los griegos, no debe admirarnos; se averiguaba cuál era la conducta y la reputacion del adrogante, cuál su fortuna y la del pupilo comparada con la suya, y, en una palabra, si la adrogacion era honrosa y proporcionaba ventajas al pupilo.

Cum quibusdam conditionibus. Estas condiciones tenian todas por objeto impedir que el pupilo, en vez de hallar ventajas en la adrogacion, hallase la pérdida de su fortuna. En efecto, llevaba á la familia del adrogante todos sus bienes, conforme á las reglas de la patria potestad, y no se queria que los perdiese. Mas podian ocurrir muchos casos: 1.° Que el pupilo muriese ántes de la pubertad. 2.° Que fuese emancipado ó desheredado sin motivo ántes de la pubertad. 3.° Que fuese emancipado ó desheredado con justo motivo ántes de la pubertad. 4.° Que llegase á la pubertad sin ocurrir ninguno de estos casos. En el primero, el adrogante, en vez de guardar los bienes del pupilo, debia devolverlos á sus herederos naturales; en el segundo, debian los bienes ser restituidos al mismo pupilo, con más la cuarta parte de los propios bienes del adrogante, porque este último no debia hacer de la adrogacion un juego, emancipando ó desheredando sin motivo. Esta cuarta se llamaba *cuarta Antonina* (*quarta D. Pii*), porque, como hemos dicho, fué Antonino el autor de estas disposiciones. En el tercer caso sólo recobraba el adrogado todos sus bienes. Por último, en el cuarto, habiendo llegado la pubertad, podia reclamar contra su adrogacion, y si probaba que le era desfavorable, era emancipado y recobraba todos sus derechos (1). Si no reclamaba, ó si no era admitida su reclamacion, quedaba confirmada la adrogacion y producia todos los efectos ordinarios.

Caveat personæ publicæ. Se designan con estas palabras las personas encargadas en cada ciudad de llevar los registros públicos (*tabulæ*), en los que debian ser inscriptos muchos actos, como ciertas donaciones y ciertas fianzas. Esta especie de escribanos se llamaban *tabularii.* Teófilo dice tambien en su paráfrasis que el

---

(1) *Et si pubes factus non expediri sibi in potestatem ejus redigi probaverit, æquum est emancipari eum a patre adoptivo, atque ita pristinum jus recuperare* (D. 1. 7. fr. 32 y 33).

adrogante debia dar fianza á una persona pública; es decir, añade ταβουλλαρίῳ (*tabulario*). Se confiaban en otro tiempo estas atribuciones á esclavos públicos ó á esclavos particulares, con el consentimiento de sus señores (1). Por esto los fragmentos de Ulpiano y de Marcelo, citados en el Digesto, dicen *servo publico* (2). Pero Arcadio y Honorio exigieron que sólo se encomendasen á hombres libres (3).

IV. Minorem natu, majorem non posse adoptare placet. Adoptio enim naturam imitatur; et pro monstro est, ut major sit filius quam pater. Debet itaque is qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, *plena pubertate*, id est, decem et octo annis præcedere.

4. El menor de edad no puede adoptar al mayor. Pues la adopcion imita la naturaleza, segun la cual es cosa monstruosa que sea el hijo mayor que el padre. Y así el que recibe un hijo por adopcion ó adrogacion, debe tener más que él todo el tiempo de la pubertad; es decir, 18 años.

Plena pubertate. Respecto de los hombres, la pubertad propiamente dicha se hallaba fijada, como sabemos, á los catorce años; á los diez y ocho años la pubertad plena, así llamada porque á esta edad habia adquirido todo su desarrollo, áun en las personas más tardías (4). No encontramos relativamente á la edad del adoptante y del adoptado otra regla que la de este párrafo. Sabemos que un impúbero, áun en la infancia, puede ser adoptado y adrogado, que la edad del adoptante no se hallaba tampoco limitada, aunque, sin embargo, no se permitia fácilmente la adrogacion á personas que tenian ménos de sesenta años, porque podian aún esperar tener hijos (5).

V. Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, neptis vel proneptis, vel deinceps adoptare, *quamvis filium quis non habeat.*

5. Se puede adoptar por nieto, nieta, biznieto ó biznieta, aunque alguno no *tenga hijo.*

Segun que se adopta á alguno por hijo, por nieto ó por biznieto, la adopcion produce efectos diferentes en el grado de parentesco, y por consiguiente en las prohibiciones del matrimonio, en los derechos de tutela y sucesion. El adoptado como hijo se halla

(1) C. 7. 9. 3.
(2) D. 46. 6. 5 f. Ulp.—Ib. 1. 7. 18. f. Marcel.
(3) C. 10. 69. 3.
(4) Teof. h. t.
(5) D. 1. 7. 15.

en primer grado con respecto al adoptante, es hermano de los hijos que este último puede tener, y tio de sus descendientes, con quienes no podrá casarse hasta el infinito. Si es adoptado como nieto, se encuentra en el segundo grado respecto del adoptante, y es sobrino de los hijos de este último, con cuyos descendientes puede casarse, porque sólo es primo de ellos.

Quamvis filium quis non habeat. De que la adopcion imita á la naturaleza, habria podido inferirse que, para adoptar á un nieto, era ya preciso adoptar á un hijo (*filium et non filiam,* porque los descendientes de una hija no se hallan nunca bajo el poder del abuelo materno). Esta objecion se previene en este lugar; basta, en efecto, que el que adopta á un nieto pueda ser naturalmente su abuelo, y por tanto, que tenga más que él dos veces la pubertad.

VI. Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest quam nepotem in locum filii.

6. Y al hijo de otro puede cualquiera adoptarlo como nieto, así como á éste por hijo.

VII. Sed si qui nepotis loco adoptet, vel *quasi ex eo filio* quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet: eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur; sed ex contrario, si avus ex filio nepotem *det in adoptionem*, non es necesse filium consentire.

7. Mas si se adopta un nieto, *suponiéndole habido de un hijo* ya adoptado, ó de un hijo natural que se tiene bajo su potestad, en este caso debe tambien consentir en la adopcion este hijo, para que dicha adopcion no le dé contra su voluntad un heredero suyo; mas, por el contrario, si el abuelo *da en adopcion á su nieto*, no necesita el consentimiento de su hijo.

Quasi ex eo filio. Cuando se adoptaba á alguno por nieto, podia hacerse de dos maneras: 1.° Simplemente y sin designarle por padre ningun individuo de la familia (*incerto natus*). 2.° Designado por su padre á algunos de sus hijos (*quasi ex filio*) (1). La diferencia entre estos dos casos era grande. En el primero entraba el adoptado en la familia como un nieto cuyo padre hubiese ya muerto; sólo era sobrino de todos los hijos del adoptante; á la muerte del jefe de la familia, quedaba libre, y por consiguiente heredero suyo. En el segundo caso entraba el adoptado como nieto del jefe de la familia, y como hijo de aquel de sus hijos que se hubiese designado. A la muerte del jefe, no quedaba libre, sino

(7) D. 1. 7. 43. f. Pomp.

que pasaba bajo la potestad y á la familia del que se le habia designado por padre, y con relacion á éste venía á ser heredero suyo. Habia realmente dos adopciones en una, y era preciso el consentimiento de los dos adoptantes, del abuelo y del padre.

Det in adoptionem. Ya hemos explicado el principio en que se funda esta regla.

VIII. *In plurimis autem causis,* adsimilatur is qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideo si quis per imperatorem, vel apud prætorem, vel præsidem provinciæ *non extraneum* adoptaverit, potest eumdem in adoptionem alii dare.

8. *Bajo muchas relaciones* el hijo adoptado ó adrogado se asimila al hijo habido de legítimo matrimonio. Y por tanto se puede dar en adopcion á otro el que ha sido adoptado por rescripto del príncipe ó por el pretor ó presidente de la provincia, *si no fuese extranjero.*

In plurimis causis. Ya sabemos cuáles son los efectos de la adopcion. Cuando el adoptado pasa bajo la patria potestad del adoptante, entra en su familia, se hace agnado de los individuos de ésta, y por consiguiente su cognado, pues la cognacion es el parentesco en general: *Qui in adoptionem datur, his quibus agnascitur et cognatus fit: quibus vero non agnascitus nec cognatus fit* (1): teniendo el jefe de la familia la patria potestad sobre él, puede disponer del mismo como de sus demas hijos, y por consiguiente darlo á otro en adopcion.

Non extraneum. Esta circunstancia es necesaria para la adopcion propiamente dicha, pues sin esto no habria patria potestad.

IX. Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.

9. Mas hay de comun en las dos adopciones, que los que no pueden engendrar, como los impotentes, pueden adoptar; pero no los castrados.

Esta diferencia procede de que en el impotente el vicio de organizacion no es ni bastante completo, ni bastante demostrativo para que sea contrario á la naturaleza suponer que el que parece impotente tenga un hijo; tanto más, cuanto que, como observa Teófilo, se ve con frecuencia desaparecer el vicio que producia la impotencia. No sucede lo mismo respecto del castrado: suponer que tuviese un hijo, sería una cosa evidentemente contraria á la

(1) D. 1. 7. 23. f. Paul.

naturaleza, y por esto los romanos no le permitian la adopcion, aunque ésta debiese tener por objeto principal dar legalmente hijos á los que no pueden naturalmente tenerlos.

X. Feminæ quoque adoptare non possunt; quia nec naturales liberos in sua potestate habent; sed ex indulgentia principis, ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.

10. Las hembras tampoco pueden adoptar, porque ni tienen bajo su potestad á sus hijos naturales. Pero la benevolencia del príncipe puede concederles permiso, como un medio de consolarlas en la pérdida de sus propios hijos.

De esta manera una constitucion de Diocleciano y Maximiano permite la adopcion á una madre que ha perdido sus hijos. En este caso la adopcion no produce nunca la patria potestad, sino que establece entre la madre y el hijo adoptivo vínculos semejantes á los que existen entre la madre y sus propios hijos: «*Et eum perinde atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus*» (1).

XI. *Illud proprium est* adoptionis illius quæ per sacrum oraculum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tamquam nepotes. Sic enim divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit, ut protinus adoptione facta, incipiat Germanicus Augusti nepos esse.

11. *Es propio* de la adopcion hecha por rescripto, que si un padre que tenga hijos bajo su poder se da en adrogacion, no sólo pasa él bajo el poder del adrogante, sino que tambien pasan sus hijos como nietos. Así fué que Augusto no quiso adoptar á Tiberio hasta que este último hubo adoptado á Germánico, á fin de que inmediatamente despues de hecha la adopcion, principiase á ser Germánico nieto de Augusto.

Illud proprium est. Esto mismo no tiene lugar en la adopcion propiamente dicha, porque el hijo de familia dado en adopcion, aunque estuviese casado y tuviese hijos, no los tenía nunca bajo su potestad, pues él mismo se halla bajo el poder del jefe, que puede darlo en adopcion y retener sus hijos.

XII. Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi, in nostra constitutione etiam eum

12. Caton, dicen los escritos de los antiguos, juzgaba que los esclavos, si eran adoptados por su señor, por este solo hecho podian quedar libres. Por esto, instruidos nosotros en esta opinion, hemos es-

(1) C. 8. 48. 5.

servum quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat, liberum constituimus, licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.

tablecido en nuestra constitucion que un esclavo á quien su señor haya dado, en un acto público, el nombre de hijo, sea libre, aunque no pueda adquirir por esto los derechos de hijo.

La adopcion de un manumitido sólo era permitida á su patrono sin que por esto se menoscabasen los derechos de patronato (1). En cuanto á la adopcion de los esclavos, no era válida como adopcion. Mas este pasaje nos enseña que antiguamente bastaba ésta para dar la libertad al esclavo adoptado. Por lo demas, esta forma indirecta de manumision ¿producia los mismos efectos que las manumisiones solemnes por censo, por vindicta ó por testamento, en que no se hacía más que dar una libertad de hecho? Nada encontramos que nos indique esto. Justiniano la ha colocado entre las formas que sanciona en la constitucion, que ya hemos citado.

La adopcion no era indisoluble : el adoptante podia fácilmente destruirla, ya emancipando al adoptado, ya dándolo en adopcion á otro, con tal que no fuese extranjero. El hijo, una vez separado de la familia, no era ya agnado ni cognado de ninguno de los individuos de ella, y quedaban rotos todos los vínculos que lo ligaban con la misma, ménos las prohibiciones de matrimonio, que existian entre el adoptante y el adoptado : «*In omni fere jure, finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium* (2). Una vez disuelta, la adopcion no podia ya renovarse entre las mismas personas : « *Eum, quem quis adoptavit, emancipatum vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare*» (3).

PODER DEL MARIDO SOBRE LA MUJER (*manus*).

El matrimonio, áun legítimo (*justæ nuptiæ*), no podia por sí solo producir el poder marital : la mujer quedaba sometida á este poder (*in manum conveniebat*), de tres maneras : por el uso, la confarreacion ó la coempcion (*usu, farreo, coemptione*) (*Hist. del der.*, pág. 107).—1.º Por el uso (*usu*). Segun las Doce Tablas, los objetos muebles se adquirian por el uso, es decir, por la posesion

(1) D. 1. 7. 15. § 3.
(2) D. 17. 13. f. Papin.
(3) Ib. f. 37. § 1.

de un año: este modo de adquisicion (*usucapio*) fué aplicado áun á la mujer que era adquirida por su marido, y entraba en su poder, cuando despues del matrimonio la habia poseido durante un año sin interrupcion (*velut annua possessione usucapiebatur*). Si ella queria evitar esta potestad de su marido, debia cada año, para interrumpir la usucapion, separarse por tres noches consecutivas de la habitacion conyugal (*usurpatum ire trinoctio*). En todos los matrimonios en que se pasaba un año sin esta interrupcion, tenía lugar el poder marital.—2.° Por la confarreacion (*farreo*). Si se queria que en el instante mismo del matrimonio se produjese el poder marital, era preciso recurrir á las formalidades de la confarreacion ó de la coempcion. Las primeras consistian en una especie de sacrificio, en el cual se usaba pan de trigo (*farreus panis*), de donde ha venido la palabra confarreacion (*farreum*). Este sacrificio iba acompañado de ciertas solemnidades y de palabras sacramentales, en presencia de diez testigos. Ademas de que estas ceremonias producian el poder marital, hacian á los hijos habidos de este matrimonio capaces para ser nombrados para ciertos cargos sacerdotales: así es de presumir que la confarreacion se hallaba principalmente reservada para los patricios (1).—3.° Por la coempcion (*coemptione*). Este modo consistia en la mancipacion ó venta solemne de la mujer, hecha al marido, que se hacía comprador (*coemptionator*). En breve dirémos cuáles eran las formalidades de la mancipacion.—Por lo demas, todas estas formalidades eran muy distintas del matrimonio, que en sí mismo no exige ninguna: es menester no equivocarse sobre su objeto, que no era el casar á los cónyuges, sino sólo dar al marido la *manus*.

De cualquier manera que la mujer entrase bajo el poder de su marido, salia de la patria potestad de su padre y de su propia familia, en la que perdia todos sus derechos de agnacion; pero entraba en la familia del marido, en la que adquiria en cierto modo la clase y los derechos de hija: «*Filiæ loco incipit esse; nam si omnino, qualibet ex causa, uxor in manu viri sit, placuit eam jus filiæ nancisci.*» Sólo entónces se la consideraba como agnada de sus propios hijos, teniendo bajo esta cualidad derechos de sucesion sobre ellos, sobre su marido, y recíprocamente.

Todos estos pormenores están tomados y casi traducidos de Ga-

(1) Tacit. *Ann.* 4. 16.

yo (1), que nos ha dado sobre esto nociones casi desconocidas. Nos dice que en su tiempo la adquisicion de la *manus*, por el uso, se hallaba en parte derogada por las leyes, y en parte habia caido en desuso; que la confarreacion era practicada por los grandes flaminios ó sacerdotes, es decir, los pontífices particulares de Júpiter, Marte y Quirino ; que la coempcion tenía todavía lugar, y que se usaba de un modo ficticio en otros casos que el matrimonio, á fin de eludir ciertas disposiciones del antiguo derecho (*Historia del der.*, pág. 225). Ulpiano nos dice algo de la confarreacion en los fragmentos que de él nos han quedado (2). Pero en tiempo de Constantino desapareció completamente con el paganismo esta forma religiosa, y sólo quedó, cuando más, la coempcion, que acabó por desuso. En el imperio de Justiniano hacía ya mucho tiempo que no se hablaba del poder marital (*manus*) : así las Instituciones no dicen de esto ni una palabra. Las mujeres que se casaban permanecian siempre en la familia de su padre ; no perdian en ella ninguno de sus derechos de agnacion, ni entraban en la familia del marido, en la que sólo se hacian afines; pero tambien habia mucho tiempo que se habian establecido por senado-consultos, como verémos, derechos de herencia entre la madre y los hijos.

PODER SOBRE EL HOMBRE LIBRE ADQUIRIDO POR MANCIPACION (*mancipium*).

Un jefe de familia podia vender á un ciudadano todas las personas que se hallaban bajo su poder, como sus esclavos y sus hijos, de cualquier sexo que fuesen, y hasta su mujer cuando la tenía *in manu*. Pero los esclavos, lo mismo que las personas libres, eran de aquellas cosas llamadas *mancipii res*, de que no se podia transferir el dominio civil (*dominium ex jure Quiritium*) sino por la venta solemne, la mancipacion (*Hist del der.*, pág. 114). Este acto se celebraba en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos púberos, y de otra persona de la misma condicion, que llevaba un peso, y que por esto se llamaba porta-peso (*libripens*). El comprador, asiendo á la persona que se le vendia, decia : *Hunc ego*

(1) Gay. I. § 108 y sig.
(2) Ulp. Reg. T. 9.

hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc, œre, œneaque libra. A estas palabras daba golpes en el peso con el metal que daba al vendedor como precio de la venta. Esta formalidad no era más que un simulacro legalizado de las ventas que tenian lugar en el tiempo en que, siendo casi desconocida en Roma la moneda, se daban los metales al peso (1) (*Hist del der.*, página 59). La persona libre, enajenada de esta manera, entraba en poder del que la adquiria ó compraba (*in mancipio*), y con relacion á él era en algun modo asimilada á un esclavo (*mancipati, mancipatœve servorum loco constituuntur*); sin embargo, no perdia su cualidad de hombre libre, cosa muy importante de observar. Entre la mancipacion que acabamos de describir y la que tenía lugar en la coempcion de la mujer, habia la diferencia de que la primera se hacía con las mismas palabras que la compra de los esclavos, lo que no se verificaba en la coempcion; así las personas dadas *in mancipio* eran en algun modo esclavas; mas no sucedia lo mismo con la mujer que habia entrado *in manu.*

Por lo demas, este poder particular (*mancipium*) se templó áun ántes que el poder que se ejercia sobre les esclavos. Gayo nos dice que no era permitido ultrajar á las personas que se tenian *in mancipio*, y que el que lo hiciese se exponia á ser perseguido por la accion de injuria: en su tiempo los jefes de familia sólo emancipaban á sus hijos de un modo ficticio y para que saliesen de su poder. Sólo en un caso, sin embargo, era la mancipacion un acto serio, y era cuando un individuo habia causado algun daño, y el jefe de familia á que pertenecia hacía de él la cesion noxal, es decir, que lo daba *in mancipio*, en reparacion del perjuicio que habia causado (*noxœ dedere, doxali causa mancipare*) (2). Pero esta última práctica cayó en desuso, como nos lo manifiestan las mismas Instituciones (3). De la mancipacion de las personas libres no quedaba ya más, en tiempo de Justiniano, que el uso ficticio que de ella se hacía para darlas en adopcion ó emanciparlas, y este emperador hizo que desapareciesen hasta estas últimas huellas. Así las Instituciones no hablan más del *mancipium* que de la *manus.*

---

(1) Gay. 1. § 122.
(2) Gay. 1. § 116 y sig.—§ 141.
(3) Inst. 4. 8. 7.

TITULUS XII.

QUIBUS MODIS JUS POTESTATIS SOLVITUR.

Videamus nunc, quibus modis ii qui alieno juri sunt subjecti eo jure liberantur. Et quidem *servi quemadmodum a potestate liberantur*, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superibus exposuimus. Hi vero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit: nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiæve sui juris efficientur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui *recasuri non sunt.* Itaque, si moriente avo pater eorum vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, *aut exit de potestate patris,* tunc ii, qui in potestate ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

TÍTULO XII.

DE QUÉ MANERAS SE DISUELVE EL DERECHO DE POTESTAD.

Veamos ahora de qué manera las personas sometidas al poder de otro se libran de este poder, (y por lo que hemos dicho más arriba sobre las manumisiones, sabemos de *qué manera los esclavos se libran* del poder de sus señores). Aquellos que se hallan bajo el poder de un ascendiente, á la muerte de éste se hacen *sui juris.* Sin embargo, es preciso distinguir: muerto el padre, es indudable que sus hijos é hijas se hacen absolutamente *sui juris:* pero muerto el abuelo, no sucede así siempre con respecto á sus nietos y nietas, que no se hacen *sui juris* sino en el caso en que no deban volver del poder del abuelo al del padre. Si, pues, el padre vive y se halla sometido bajo el poder del abuelo, cuando muere este último, los nietos, despues de dicha muerte, vuelven al poder de su padre. Mas si cuando se verifica la muerte del abuelo ha muerto ya el padre ó *salido de la familia*, entónces sus hijos, no pudiendo estar bajo su poder, se hacen *sui juris.*

Vamos á examinar la disolucion de los tres diferentes poderes, *potestas, manus* y *mancipium*, principiando por el primero, que es el único de que tratan las Instituciones.

Servi quemadmodum a potestate liberantur. El medio de librar á uno del poder dominical es la manumision, de que ya se ha tratado: en cuanto á la muerte del señor, á su esclavitud, y á los demas acontecimientos que pueden ocurrirle, no dan libertad al esclavo, sino que transmiten su propiedad á otro (1).

Respecto de los hijos de familia, salen de la patria potestad, como nos lo dicen los emperadores Diocleciano y Maximiano, por ciertos sucesos ó por un acto solemne (*actu solemni, vel casu*) (2);

(1) Teófilo, hic.
(2) C. 8. 49. 3.

á esto es preciso añadir : y por ciertas dignidades.—Los acontecimientos que hacian á los hijos *sui juris* eran : la muerte del jefe de la familia, la pérdida de la libertad, la de los derechos de ciudad, ya recayesen estas pérdidas sobre el padre, ya sobre los hijos. Las Instituciones examinan en particular cada uno de estos acontecimientos.

Recasuri non sunt. El texto explica aquí claramente cómo luégo de la muerte del jefe, los hijos, que le eran sometidos sin persona intermedia, se hacian independientes y jefes á su vez, cómo los nietos salian de la potestad del abuelo y entraban en la del padre, y cómo la grande familia se descompone así en muchas pequeñas, entre las cuales el vínculo de agnacion continúa subsistiendo.

Aut exiit de potestate patris. Algunas ediciones añaden *per emancipationem ;* pero de cualquier manera que el padre haya salido de la patria potestad, ya por emancipacion, ya por adopcion (1), basta que no se halle en la familia y que haya perdido sus derechos, para que sus hijos á la muerte del abuelo no vuelvan bajo su poder.

I. Cum autem is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur ut qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac si eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si, ex indulgentia principis, *restituti fuerint per omnia*, pristinum statum recipiunt.

1. Como aquel que por algun crímen ha sido deportado á una isla pierde los derechos de ciudad, se sigue de aquí que es borrado del número de los ciudadanos romanos, cesando desde entónces sus hijos, como si hubiese muerto, de estar bajo su poder. Con igual razon, el hijo que se halla bajo la patria potestad cesa de estar sometido á ella cuando es deportado. Mas si obtuviesen de la clemencia del príncipe *una entera restitucion*, recobran su antiguo estado.

Los derechos de ciudad se perdian por la interdiccion del agua y del fuego, y posteriormente por la deportacion. En breve tendrémos ocasion de hablar de esto detalladamente (2). El hombre castigado con estas penas se hacía extranjero (*peregrinus*), y como tal perdia todos los derechos civiles ; es decir, todos los derechos de ciudadano ; si era jefe de familia, su potestad se disipaba ; y si

(1) Excepto, sin embargo, por el patriciado ó por otras dignidades que en virtud de una novela libraban de la patria potestad sin hacer perder los derechos de familia. (V. el § 4 sig.)

(2) Inst. 1. 16. 2.

era *alieni juris*, debia, por una razon semejante, salir de la familia y de la patria potestad: *Neque (enim) peregrinus civem romanum, neque civis peregrinum in potestate habere potest* (1).

Restituti fuerint per omnia. Teniendo el emperador la facultad de otorgar gracias, podia indultar al penado. Si esta gracia se concedia pura y simplemente, todos sus efectos se limitaban á librar al penado de su pena, á permitirle volver á su patria y recobrar el título de ciudadano; en este caso no renacia ó se restablecia la patria potestad. Pero si el emperador habia otorgado una restitucion entera (*restituo te in integrum*; *restituo te per omnia*), entónces el restituido volvia á sus dignidades, á su clase, y á todos los derechos que tenía en otro tiempo (*ut autem scias quid sit in integrum restituere; honoribus, et ordini tuo, et omnibus ceteris te restituo*); por consiguiente renacia la patria potestad (2). Por lo demas, y en todos estos casos, sólo para en adelante recobraba sus derechos el agraciado, porque el poder imperial no podia destruir en el tiempo pasado efectos que habian sido definitivamente producidos.

II. Relegati autem patres in insulam, in potestate sua liberos retinent: et ex contrario, liberi relegati in potestate parentum remanent.

2. Los padres relegados en una isla retienen á sus hijos bajo su potestad; y recíprocamente, los hijos relegados permanecen bajo dicha potestad.

La relegacion era una pena ménos grave que la deportacion. Era comunmente temporal, aunque á veces perpétua; pero en todos los casos dejaba al penado sus derechos de ciudad: *Sive ad tempus, sive in perpetuum quis fuerint relegatus, et civitatem romanam retinet* (3). Su efecto se limitaba á privar al penado del derecho de salir del lugar designado (*tantum enim insula eis egredi non licet*). Pero el relegado conservaba la patria potestad lo mismo que sus demas derechos civiles (*quia et alia omnia jura sua retinet*) (4).

III. Pœnæ servus effectus, filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ afficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.

3. El que se hace esclavo de la pena, deja de tener á sus hijos bajo su potestad. Se hacen esclavos de la pena los condenados á las minas y los expuestos á las fieras.

(1) Ulp. Reg. 10. 3.—Gay. 1. § 128.
(2) C. 9. 51. fr. 1. 6 y 9.
(3) D. 48. 22. 7. § 3. f. Ulp.
(4) Ib. l. 4. f. Marc.

El que es hecho esclavo se halla colocado en la clase de cosa, pierde no sólo los derechos de ciudadano, sino áun los derechos de las gentes; y si es jefe de familia, se acaba su patria potestad lo mismo que todos sus demas derechos. En cuanto á los casos en que un hombre libre viene á ser esclavo, ya los hemos expuesto; pero de cualquier manera que la esclavitud haya sido producida, es preciso aplicar lo que dice nuestro texto en este lugar, aunque sólo habla de la condenacion á las minas y á las fieras; condenaciones que posteriormente, en virtud de una novela de Justiniano, dejaron de producir la esclavitud.

Acabamos de examinar los acontecimientos accidentales (*casus*), que terminan la patria potestad; entre ellos sería preciso colocar la cautividad en poder del enemigo, pues que produce esclavitud; pero para seguir el órden de las Instituciones nos verémos obligados á hablar de esto en adelante. Hay en este caso algunas diferencias muy marcadas. Antes de seguir en esta materia, nos resta que hacer una observacion. Cuando los hijos se hacen *sui juris*, porque el jefe de familia ha muerto, ha sido hecho esclavo ó privado de los derechos de ciudad; pero que, por otra parte, han permanecido hasta aquel momento bajo la patria potestad, el quedar libres de dicha potestad no los priva de ninguno de sus derechos de familia; no salen de ella, ni ésta se descompone en muchas; el vínculo de agnacion continúa existiendo entre ellos y los demas individuos que han llegado á ser *sui juris*, y sus hijos actualmente existentes, y áun los que nazcan despues.

IV. Filius familias si militaverit, vel si senator vel consul factus fuerit, manet in potestate patris; militia enim, vel consularis dignitas, de potestate patris filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico, imperialibus codicillis præstitis, filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relajare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum quem sibi patrem elegit ab aliena eximere potestate?

4. El hijo de familia que es soldado, senador ó cónsul, permanece bajo la potestad de su padre; pues ni la milicia ni la dignidad consular libra á un hijo de la potestad de su padre. Pero, segun nuestra constitucion, la elevada dignidad de patricio, inmediatamente despues que sean expedidas las patentes imperiales, liberta al hijo de la potestad de su padre. ¿Podria admitirse que por medio de la emancipacion pudiese un padre desprender á un hijo de los vínculos de su potestad, miéntras que la posicion sublime del emperador no es bastante para arrancar de una potestad extraña al que él eligió por padre?

Ni la edad, ni las nupcias, ni las dignidades, libertan á un hijo de la patria potestad. Los cónsules y los dictadores mandaban la república; pero en la casa paterna sólo eran hijos de familia y obedecian á sus padres. Sin embargo, los sacerdotes de Júpiter, es decir, los pontífices consagrados especialmente al culto de este dios, y las vestales consagradas á Vesta, salian de la potestad de sus padres, porque se juzgaba que entraban bajo la del dios ó la diosa (1); pero todas estas Instituciones desaparecieron con el paganismo. Justiniano, en el rescripto de que aquí hablan las Instituciones y que se ha inserto en el código (2), atribuye á la dignidad de patricio el privilegio de hacer independiente al hijo que de ella se hallase revestido. Hemos explicado cuál era esta dignidad, creada por Constantino (*Hist. del der.*, p. 308). Posteriormente (año 527 de J. C.) estableció Justiniano en una novela que la dignidad de obispo, de cónsul, y generalmente todas las que libran de la curia, es decir, que eximen á los curiales de sus obligaciones (*Hist. del der.*, p. 293), libertasen tambien de la patria potestad (3). Entre estas dignidades se contaban todavía la de prefecto del pretorio, ya en la capital, ya en las provincias; la de cuestor del sacro palacio, de maestre de la caballería ó de la infantería (4).—Por un privilegio particular, los hijos que llegaban á ser *sui juris* por las dignidades, aunque hubiesen salido de la patria potestad ántes de la muerte del jefe, no perdian ninguno de sus derechos, y en la familia eran siempre reputados como agnados; cuando el jefe moria, le sucedian como herederos suyos; y sus hijos, si los tenian, volvian bajo su potestad (5).

§ V. Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter *jus postliminii:* quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt; idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est, semper in civi-

5. Si el ascendiente cae en poder de los enemigos, se hace su esclavo, y sin embargo, el estado de los hijos permanece en suspenso á causa del derecho de *postliminium*, porque los prisioneros hechos por el enemigo, si vuelven, recobran todos sus antiguos derechos. Así el ascendiente, si vuelve, tendrá á sus hijos bajo su potestad, consistiendo el efecto del *postliminium* en suponer que el cautivo

(1) Ulp. Reg. T. 10. § 5.—Gay. 1. § 130.—Aul. Gel. 1. 12. *Noct. att.*
(2) C. 12. 3. 5.
(3) Nov. 81.
(4) C. 10. 31. 66.
(5) Nov. 81. c. 2.

tate fuisse. Si vero ibi decesserit, *exinde ex quo captus est pater*, filius sui jure fuisse videtur. *Ipse quoque filius*, nepos ve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postiliminium, a limine et post. Unde eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina, sicut in domo finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est, quasi finis quidem et terminus: ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur quo amissus erat. Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, *postliminio rediisse* existimatur.

ha permanecido siempre entre sus conciudadanos; pero si muere en la esclavitud se reputa al hijo como si hubiese sido *sui juris desde el instante en que el padre fué hecho prisionero*. Si el hijo ó el nieto son los que caen en poder de los enemigos, es preciso decir igualmente que por derecho de *postliminium* permanece en suspenso la patria potestad. En cuanto á la expresion *postliminium*, proviene de *limes* (suelo) y *post* (despues), de donde el individuo aprehendido por el enemigo, y vuelto despues á nuestras fronteras, se dice con razon *reversum post liminio* (vuelto despues al suelo). En efecto, como el suelo de una casa es una especie de frontera, de la misma manera los antiguos han visto en la frontera de un imperio una especie de suelo, de donde se ha dicho (*limes*) suelo, para decir frontera, límite; y de aquí *postliminium*, porque el cautivo vuelve al mismo suelo que habia perdido. El que es recobrado de los enemigos vencidos se reputa que ha vuelto *postliminio*.

Jus postliminii. El derecho de *postliminium* es muy importante, y tendrémos más de una vez ocasion de hablar de él. Era de dos especies : « *Duæ species postliminii sunt ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus* » (1). La una se aplicaba á ciertas cosas que habian caido en poder del enemigo, que si se recuperaban, debian ser devueltas á sus amos; tales eran los inmuebles, los esclavos, los caballos, los navíos, y nunca las armas, porque no pueden perderse sino es vergonzosamente (*quod turpiter amittantur*) (2); la otra se aplicaba á las personas libres : de ésta es de la que tratamos aquí. El ciudadano aprehendido por el enemigo era hecho su esclavo, pero en su patria no se le consideraba absolutamente como tal : su estado se hallaba sometido á una condicion verdaderamente suspensiva, la condicion de su regreso. Miéntras tanto sus derechos sobre todos sus bienes, sobre sus hijos, sobre sus esclavos, sobre sus peculios, etc., se hallaban en suspenso : « *Omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpun-*

(1) D. 19. 15. 14. f. Pomp.
(2) Ib. fr. 2.

tur» (1). Si por un medio cualquiera saliese de manos del enemigo, la condicion suspensiva se terminaba, y entraba de nuevo en todos sus derechos, salvas algunas ligeras excepciones, no sólo para tiempo futuro, sino para el pasado, como si nunca hubiese estado en poder del enemigo : « *Cetera quæ in jure sunt posteaquam postliminio redit, pro eo habentur ac si nunquam iste hostium potitus fuisset* » (2). Este beneficio acordado al regreso del cautivo se llamaba *jus postliminii.* Si, al contrario, moria en la cautividad no habiéndose terminado la condicion suspensiva, debia, segun el derecho estricto, considerarse como habiendo sido esclavo desde el instante en que habia sido aprehendido, y por consiguiente como habiendo perdido todos sus derechos. Sin embargo, verémos en adelante que una ley llamada CORNELIA TESTAMENTARIA, promulgada en tiempo de Syla (*Hist. del der.*, p. 210), quiso que relativamente á su testamento se hiciese como si hubiese perdido sus derechos, no por la esclavitud, sino por la muerte, lo que era muy importante (3); y esta disposicion se extendió luégo generalmente. De suerte que Ulpiano indica los resultados que acabamos de exponer, diciendo que si el cautivo vuelve del poder del enemigo, es considerado como no habiendo salido nunca del número de los ciudadanos (es el *jus postliminii*), y que si no vuelve, se le considera como muerto desde el momento que lo aprehendieron, lo que los comentadores han llamado *ficcion de la ley* CORNELIA : *Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.—In omnibus par-*

---

(1) D. 28. 5. 32. § 1. f. Gay.—Es de alguna importancia conocer la posicion del ciudadano durante su cautividad. Se puede, á mi juicio, resumirse así : 1.° Todo lo que consiste en derecho, ó por mejor decir, en el goce de los derechos (*quæ in jure consistunt*), está suspendido, y lo recobrará si vuelve. Así los derechos de poder dominical y paternal, las adquisiciones hechas por sus hijos ó por sus esclavos se suspenden (D. 48. 15. 22. §§ 2 y 3. f. Jul.—28. 16. 15. f. Papin); puede ser instituido heredero, pero la institucion queda en suspenso (D. 28. 5. 32. § 1. f. Gay.); los derechos de tutela que pueda tener quedan en suspenso (Inst. 1. 20. 2.); su sucesion está en suspenso, y áun no se halla deferida, etc. 2.° Se le priva de todo lo que consiste en el ejercicio de los derechos. Así no puede contraer justas nupcias, adoptar, estipular, etc.; así el testamento que hubiese hecho siendo cautivo, sería nulo, áun cuando volviese (Inst. 2. 12. 5.). 3.° Todo lo que consiste en hecho es igualmente perdido para él (*Facti autem causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt*). Si poseia algo por sí mismo, la usurpacion se interrumpe (D. 49. 15. 12. § 2.); lo mismo si su mujer ha quedado en su patria, pues como no hay reunion de hecho entre ellos, el matrimonio queda disuelto (Ib. § 3.—D. 24. 2. 1. f. Paul.). Si al contrario su mujer se hallase cautiva con él, y tuviesen hijos, la legitimidad de éstos quedaba en suspenso (D. 49. 15. 25. f. Marc.). 4.° Como excepcion, y en virtud de la ley Cornelia, la validez del testamento hecho ántes de la cautividad no se suspende (Inst. 2. 12. 5).

(2) D. 49. 15. 12. § 6. f. Tryph.

(3) Paul. Sent. 3. 4. § 8.—Inst. 2. 12. 5.

tibus juris is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est» (1).

Estos resultados generales se aplican por las Instituciones á la patria potestad. Miéntras que el padre se halla cautivo, el estado de los hijos está en suspenso, porque el *postliminium* puede tener lugar; sin embargo, se les permite en ese intervalo el casarse, aunque no puedan obtener el consentimiento de su padre (2). Si el padre vuelve, recobra su poder como si nunca lo hubiese perdido; si muere en la esclavitud, los hijos son reputados libres desde el dia de su cautividad; y para este efecto, lo que se llama *ficcion de la ley Cornelia* es indiferente, porque, ya que el padre haya perdido sus derechos por la esclavitud, ya que los haya perdido por la muerte, su poder se disuelve igualmente.

Exinde ex quo captus est pater. Gayo nos dice que podia dudarse en su tiempo si los hijos se hacian libres desde el dia de la muerte del padre, ó desde el dia de su cautividad (3). La duda provenia de que los hijos, pues que en el intervalo su estado se habia hallado en suspenso, no habian realmente obrado como personas *sui juris;* y la cuestion no carece de importancia, porque si si les consideraba como *sui juris* desde la cautividad, todo lo que habian adquirido desde esta época era para ellos, y no era así si se les consideraba como *sui juris* sólo despues de la muerte de su padre (4). Casi treinta años despues de Gayo, dos jurisconsultos resuelven la cuestion en favor de los hijos: el uno es TRIFONINO (*Hist. del der.*, pág. 270), cuya opinion se encuentra en el Digesto (5); el otro, que es Ulpiano, dice que en todos los lugares del derecho (*in omnibus partibus juris*) el cautivo es reputado muerto desde el dia de su cautiverio. Esta opinion, que parece haberse discutido poco, es la que establecen las Instituciones.

Ipse quoque filius. Cuando el hijo vuelve del poder del enemigo, el *postliminium* produce doble efecto. Porque hay á la vez, para el padre, recobro de una propiedad que habia perdido; para el hijo, reintegracion en todos sus derechos: «*Duplicem in eo cau-*

---

(1) D. 49. 15. 16. f. Ulp.—Ib. f. 18.
(2) D. 49. 15. 12. § 2.
(3) Gay. 1. § 129.
(4) Teófilo, h. p.
(5) D. 49. 15. 12. § 1.

sam esse oportet postliminii : et quod pater eum reciperet, et ipse jus suum» (1).

Postliminio rediisse. De cualquier manera que se verifique el regreso del cautivo, por fuga, por fuerza, por rescate, poco importa : *Nihil interest quomodo captivus reversus est»* (2). Desde el instante en que llega al territorio del imperio, ó al de un pueblo aliado ó amigo, hay *postliminium* (3).

VI. Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per *imaginarias venditiones* et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel *ex imperiali rescripto.* Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformabit : ut, fictione pristina explosa, recta via ad competentes judices vel magistratus, parentes intrent; et filios suos, vel filias, vel nepotes vel neptes, ac deinceps, sua manu dimittant. Et tunc ex edicto prætoris in hujus filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis bonis qui quæve a parente manumissus vel manumissa fuerit: eadem jura præstantur parenti, quæ *tribuuntur patrono* in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

6. Ademas, los hijos salen de la patria potestad por la emancipacion. Este acto se hacía ántes, ó segun las antiguas formalidades de la ley, que se celebraban por medio de ventas ficticias y de manumisiones intermedias, ó por rescripto del príncipe. Pero en nuestra sabiduría, reformando este punto en una constitucion, lo hemos mejorado; de suerte que desechando la antigua ficcion, los ascendientes no tendrán más que presentarse directamente ante los jueces ó magistrados competentes, y allí podrán sacar de su potestad á sus hijos, sus hijas, sus nietos, nietas ú otros. Y entónces, en conformidad con el edicto del pretor, se da al ascendiente, sobre los bienes del hijo que ha emancipado, los mismos derechos que se atribuyen al patrono sobre los bienes del manumitido, y ademas, si este hijo es impúbero, el ascendiente se halla revestido de la tutela por la emancipacion.

Imaginarias venditiones. El derecho primitivo y la ley de las Doce Tablas no daban al padre el derecho de librar directamente al hijo de la patria potestad. No existia una forma de manumision para este caso como para el de la servidumbre : fué preciso, pues, buscar medios indirectos para conseguirlo. La ley de las Doce Tablas los suministró.

Cuando un jefe de familia usaba del derecho que tenía de vender sus hijos (*venumdare, mancipare*), trasladando por la venta su propiedad al comprador, no podia por un órden regular tener po-

(1) D. 49. 15. 14. f. Pomp.
(2) D. Ib. f. 26.
(3) D. Ib. f. 19. § 3.

testad sobre el hijo vendido. Sin embargo, la ley de las Doce Tablas decia: «*Si pater filium te venumduit, filius a patre liber esto*» (*Hist. del der.*, pág. 85). Lo que se explica en este sentido, que si el ciudadano hecho propietario del hijo por la mancipacion, lo manumitia, este hijo no se hacia *sui juris*, sino que recaia en poder de su padre, que podia venderlo segunda vez. Si el segundo comprador lo manumitia, áun recaia de nuevo en poder de su padre, que podia venderlo tercera vez; y sólo despues de esta tercera venta la patria potestad se concluia enteramente. Como el texto de la ley, en esta disposicion absolutamente especial, no hablaba más que del hijo (*filium*), los jurisconsultos no extendieron esta expresion ni á las hijas ni á los nietos; y en cuanto á éstos, perdia el jefe de familia toda su potestad despues de una sola venta (1). ¿En qué posicion se encontraba el hijo vendido, áun despues de acabarse completamente la patria potestad? Sabemos que se hallaba en poder del que lo habia comprado por mancipacion (*in mancipio*), asimilado en algun modo á un esclavo; pero podia suceder que su señor lo manumitiese, y entónces se encontraba *sui juris*, libre de la patria potestad acabada por las ventas, y libre del *mancipium* extinguido por la manumision. Sólo el manumitente tenía sobre él derecho de patronato y de sucesion, como verémos en breve hablando de las manumisiones. Véase cómo, segun los principios rigorosos de las Doce Tablas, los hijos, despues de una ó muchas mancipaciones, seguidas de una ó muchas manumisiones, podian hallarse *sui juris*. Es probable que al principio estas *mancipaciones* fuesen reales; pero en breve vinieron á ser ficticias. Un padre que queria hacer á su hijo *sui juris*, convenia con un amigo de emanciparlo, prometiéndole éste manumitirlo; y estas mancipaciones acabaron por usarse comunmente de un modo ficticio, y sólo para terminar la patria potestad (2). Se llamó *emancipacion* este acto compuesto de *mancipaciones* simuladas y de manumisiones intermedias. Por lo demas, las diferentes mancipaciones podian hacerse, ya á la misma persona, ya á personas diferentes, el mismo dia ó con algunos intervalos; pero cuando eran ficticias, se acostumbraba hacerlas consecutivamente y á la misma persona (3). Un solo inconveniente se ofrecia, cual

(1) Gay. 1. § 132.—Ulp. Reg. T. 10. § 1.
(2) Gay. 1. § 118.
(3) Paul. Sent. 2. 25. 2.—Gay. 1. § 132.

era el que resultaba de que el que hacía la adquisicion ficticia conservase sobre el hijo en cualidad de manumisor (*manumissor extraneus*), derechos de patronato, de tutela y de sucesion. Para remediar esto, hacía el padre comunmente la mancipacion con la cláusula de fiducia (*contracta fiducia*), que en el sentido más estricto era una cláusula que se usaba á veces, por la cual, mancipando una cosa, se obligaba al que la adquiria á devolverla en un caso determinado. Aquí el padre obligaba á aquel á quien transferia la propiedad de su hijo, á devolvérsela : «*Ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur*» (1), y entónces tenía á su hijo, no *in patria potestate*, pues que esta potestad habia acabado por las ventas, sino *in mancipio;* en esta posicion podia él mismo manumitirle y adquirir los derechos de tutela y de sucesion.—El nombre de cláusula de fiducia, tomado en su mayor extension, puede tambien aplicarse á la cláusula por la que el padre obligaba al que hacía la adquisicion, no á remanciparle su hijo, sino á manumitirlo. Si el padre no ponia una de estas cláusulas, al ménos ponia la otra.

Ex imperiali rescripto. Es un modo de emancipacion introducido por Anastasio, que por esto los comentadores han llamado *emancipacion Anastasia.* Consistia en obtener un rescripto del emperador que autorizase la emancipacion, y hacer llegar este rescripto á un magistrado, en cuyas manos era depositado (2).

Quæ tribuuntur patrono. Sustituyendo Justiniano la antigua forma de emancipacion y la que habia introducido Anastasio con una forma mucho más sencilla, quiso, sin embargo, conservar á este acto todos los efectos que tenía en otro tiempo, áun cuando la mancipacion era hecha *contrata fidutia* (3). Véase por qué concede al ascendiente que mancipa todos los derechos de patrono.

VII. Admonendi autem sumus, *liberum arbitrium esse* ei qui filium et ex eo nepotem vel neptem, in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere; et e converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumit-

7. Debemos advertir que el que tiene bajo su potestad un hijo, y de este hijo un nieto ó una nieta, es libre de emancipar al hijo, reteniendo al nieto ó á la nieta, y recíprocamente, retener al hijo emancipando al nieto ó á la nieta, ó bien de hacerlos á todos *sui juris.* Y esto

(1) Gay. 1. § 140.
(2) C. 8. 49. 5.
(3) Inst. 3. 2. 8.

tere, vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligantur.

mismo juzgamos decirlo tambien respecto de los biznietos.

Liberum arbitrium esse. Este principio ya ha sido establecido. —La emancipacion podia hacerse en un niño de cualquiera edad, y aunque fuese impúbero, porque tenía por objeto sacarlo del poder paterno, pero no darle la facultad de gobernarse solo.—No podia nunca tener lugar contra la voluntad del niño. Paulo dice terminantemente: «*Filius familias emancipari invitus non cogitur*» (1). Esta regla se halla tambien en una novela como reconocida incuestionablemente (2). Sin embargo, se aplicaba aquí lo que hemos dicho respecto de la adopcion; bastaba sólo que el niño no se opusiese.

Los efectos de la emancipacion eran hacer al hijo *sui juris;* bajo este aspecto le era ventajosa, pero bajo otros podia serle perjudicial; porque salido el hijo de su familia, todos sus vínculos de agnacion quedaban rotos, sus hijos, si los tenía, no estaban bajo su potestad, ni podian ya hallarse en ella, á ménos que no consintiese el jefe en dárselos en adopcion; segun el rigor estricto de las leyes, perdia sus derechos de sucesion respecto de los demas individuos de la familia: verémos en adelante cómo estos diversos resultados se templaron por los pretores, por las constituciones imperiales y por Justiniano.

La emancipacion no era irrevocable. Podia revocarse cuando el hijo emancipado se hiciese culpable por malos tratamientos ó injurias contra su padre. Por esta revocacion volvia á ser llamado bajo la patria potestad (3).

VIII. Sed et si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali, secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit: id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo præsente qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi paren-

8. Mas si el padre da su hijo á un abuelo ó bisabuelo natural, conforme á nuestras constituciones, es decir, declarándolo en un acto ante el magistrado competente, en presencia y sin oposicion del adoptado, como tambien en presencia del adoptante, la patria potestad se extingue en la persona del padre natural, y pasa al padre adoptivo, para

(1) Paul. Sent. 2. 25. § 5.
(2) Nov. 89. c. 11. pr.
(3) C. 8. 50.

tem adoptivum, in cujus persona et adoptionem, esse plenissimam antea diximus.

quien la adopcion, como hemos dicho más arriba, es plenísima.

Todo esto nos es ya conocido por lo que hemos dicho sobre la adopcion. En este caso la patria potestad se extingue; pero el hijo no se hace *sui juris*, pues no hace más que cambiar de jefe; y en esto esta forma de disolucion del poder paterno se diferencia de las que hemos examinado hasta ahora.—Se puede, bajo este último aspecto, asimilar á este caso aquel en que un jefe de familia se da en adrogacion : su patria potestad se disuelve, pero sus hijos siguen bajo el poder de un nuevo padre de familia.

IX. Illud autem scire oportet, quod si nurus tua ex filia tua conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tua : nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subjicitur.

9. Conviene saber que si hallándose tu nuera encinta de tu hijo, has emancipado tú á este último, ó los has dado tú en adopcion, el hijo que ella da á luz nace siempre bajo tu potestad. Mas si ha sido concebido despues de la emancipacion ó despues de la adopcion, se halla en poder de su padre emancipado ó de su abuelo adoptivo.

Cuando un hijo casado en justas nupcias era emancipado ó dado en adopcion, su mujer lo seguia siempre, ya sea que estuviese *in manu*, ya que no estuviese, y esto porque el matrimonio es una union indivisible. En cuanto á los hijos, los ya nacidos ó concebidos permanecian en poder del jefe. Añadimos los hijos concebidos, porque sabemos que en el matrimonio legítimo los hijos siguen la condicion del padre, entendida en el momento de la concepcion.—En otro tiempo, cuando los hijos eran emancipados por *mancipaciones*, como podia haber intervalos de tiempo en estas mancipaciones, y un hijo haber sido concebido durante estos intervalos, se distinguia si habian sido concebidos ántes de la última mancipacion, y por consiguiente sin que se acabase la potestad del jefe, nacian bajo esta potestad, ó si habian sido concebidos despues, en cuyo caso no se hallaban sometidos á dicha potestad (1).

X. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi, *ullo pene modo* possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.

10. Y por lo demas, ni los hijos naturales ni los adoptivos tienen casi ningun modo para poder obligar á sus ascendientes á emanciparlos.

(1) Gay. 1. § 135.

Ullo pene modo. Los casos en que un padre podia ser obligado á emancipar á sus hijos eran éstos : si habia prostituido á sus hijas (*qui suis filiabus peccandi necessitatem imponunt*) (1) ; expuesto á sus hijos (2) ; contraido un matrimonio incestuoso (3) ; y en fin, se puede añadir á éstos el caso en que aquel que hubiese sido adoptado cuando él era impúbero, llegado á la pubertad hiciese disolver por la emancipacion la adopcion que probaba serle desventajosa.

CÓMO SE DISOLVIAN EL PODER MARITAL (*manus*) Y EL *mancipium*.

Parece que el poder marital (*manus*) podia disolverse áun durante el matrimonio. ¿Cuál era la forma de disolucion? El manuscrito de Gayo se hallaba demasiado alterado en este pasaje para que pudiese ser leido íntegramente. Esta forma era probablemente la emancipacion, porque la mujer *in manu* era asimilada en cierto modo á una hija (4). Este poder se acababa, áun contra la voluntad del marido, cuando la mujer le enviaba el repudio y se divorciaba. Siendo consideradas como esclavas las personas sometidas al *mancipium*, se hacian *sui juris* cuando eran manumitidas por vindicta, por censo ó por testamento; pero las limitaciones establecidas por las leyes *Ælia Sentia* y *Furia Caninia* no se aplicaban á aquellas manumisiones. Ademas, en el tiempo en que el *mancipium* habia llegado á ser comunmente ficticio, teniendo por objeto hacer á un hijo independiente, la voluntad del señor no podia impedir que el hijo que se le hubiese dado *in mancipio* no fuese inscrito en el censo como libre y *sui juris*, á ménos que la mancipacion no hubiese sido formalmente hecha por causa noxal (5). —El que era hecho libre por manumision del *mancipium*, no era libertino, sino ingenuo, pues habia nacido libre y nunca habia sido esclavo; sin embargo, de la misma manera que era asimilado á un esclavo (*servorum loco habetur*), el que manumitia (*manumis-*

---

(1) C. 11. 40. 6.—I. 4. 12.
(2) C. 8. 52. 2.—Nov. 132. c. 1.
(3) Nov. 12. c. 2.
(4) Gay. 1. § 136.—Véase, como poniendo este punto fuera de duda, Ulp. Reg. 11. § 5.—Gay. 1. § 166.
(5) Gay. 1. § 138 y sig.

sor extraneus) era asimilado bajo muchos aspectos á un patrono (*per similitudinem patroni*), y como tal tenía derechos de sucesion (1), lo que, como verémos más adelante, fué corregido por el pretor (2); y derechos de tutela : en este caso Ulpiano y Gayo le llaman *tutor fiduciarius* (3). En cuanto á la cuestion de saber si los hijos del hombre sometido al *mancipium* lo seguian despues de su manumision, ó quedaban en poder del señor, Labeon la decidia por el señor; pero Gayo juzgaba que los hijos debian ser *sui juris*, si el padre moria *in mancipio*, y quedar sometidos al poder paterno, si el padre era manumitido (4). Esta diferencia de dictámenes podia proceder de que el *mancipium* era frecuentemente real en tiempo de Labeon, y casi siempre ficticio en tiempo de Gayo.

ACCIONES RELATIVAS Á LOS DERECHOS DE FAMILIA.

Entre estas acciones sólo indicarémos aquí las más importantes.

Relativamente á la paternidad ó á la patria potestad: 1.° La accion de *partu agnoscendo* se daba, ya durante el matrimonio, ya despues del divorcio, á la mujer contra el marido, á fin de que éste reconociese y educase como á su hijo legítimo al niño que acababa ella de dar á luz. Para asegurar más sus derechos, podia la mujer, cuando conocia que se hallaba embarazada y en los treinta dias que seguian al divorcio, anunciar su preñez al marido ; éste tenía el derecho de enviar á justificar dicha preñez y ponerla centinelas para impedir un parto supuesto (*custodes mittere*); tambien podia disputar si el hijo habia sido concebido por obra suya.—2.° Se daban igualmente acciones al padre contra un hijo, ya para hacer reconocer que era su padre, ya para hacer reconocer que no lo era ; y al hijo contra un padre, ya para hacer reconocer que era su hijo, ya para hacer reconocer que no lo era (5). Ninguna de estas acciones era admitida cuando se trataba de hijos, *vulgo concepti* (6).—Otras acciones podian tener lugar relativa-

(1) Véase un fragmento de las Inst. de Ulp., lib. II, tit. *De successionibus ab intestatis*, § 5.
(2) Inst. 3. 9. 3.
(3) Ulp. Reg. T. 11. § 5.—Gay. 1. § 166.
(4) Gay. 1. § 135.
(5) D. 25. T. 3 y sig.
(6) D. 25. 3. 5. § 4. f. Ulp.

mente, no á la paternidad, sino á la patria potestad, obrando el padre para hacer reconocer que su hijo se hallaba bajo su potestad ó no; ó bien obrando el hijo para hacer reconocer que era *sui juris* ó no.—Todas estas acciones estaban en la clase de las que se llamaban *prejudiciales;* cualidad propia de ciertas acciones, que explicarémos en adelante (1).—Bajo otro aspecto, cuando un padre queria reclamar su hijo de un extranjero, lo hacía antiguamente por una *vindicatio*, como cosa que le pertenecia; pero el pretor le dió forma especial de obrar (2).

Relativamente el *mancipium*, debia tener acciones análogas á las que existian respecto de los esclavos ó manumitidos, pero no encontramos nada que especialmente se refiera á este objeto en los fragmentos de los autores antiguos, y en tiempo de Justiniano toda esta parte habia completamente desaparecido.

No hablarémos de las acciones relativas á los bienes, como la que despues de la disolucion del matrimonio se daba á la mujer ó á sus herederos para obtener la restitucion de la dote (*rei uxoriæ actio*): cuando especialmente tratemos de las acciones, las explicarémos circunstanciadamente. Nada dirémos tampoco de las acusaciones criminales contra los culpables de *stuprum*, adulterio ó incesto; esta materia queda para el último título de las Instituciones.

TITULUS XIII.

DE TUTELIS.

Transeamus nunc ad liam divisionem personarum. Nam ex his personis quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his quæ in tutela vel in curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his quæ in tutela sunt.

TÍTULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

Pasemos ahora á otra division de personas. Porque entre aquellas que no se hallan bajo la potestad de otro, unas están en tutela ó curatela, y otras no se hallan sometidas á ninguno de estos derechos. Ocupémonos, pues, de las que se hallan bajo tutela ó curatela. De esta manera sabrémos cuáles son las que se hallan en este caso. Y primeramente tratemos de las que se hallan en tutela.

Despues de haber examinado las personas con relacion á su posicion privada en el Estado y en las familias, vamos á estudiarlas

(1) Inst. 4. 6. 13.
(2) D. 6. 1. *De rei vindic.* 1. § 2. fr. Ul.—43. T. 30. *De liberis exhibendis.*

con relacion á la capacidad ó incapacidad en que pueden estar para gobernarse y defenderse. En efecto, causas generales, como la debilidad de la edad ó del sexo, ó causas particulares, como la demencia ó una prolongada enfermedad, pueden poner á las personas en tal estado que necesiten de un protector. Entónces corresponde á las leyes el dárselo. Veamos cómo las de los romanos habian provisto á esta necesidad. Siendo las personas *alieni juris* propiedad del jefe á que se hallaban sometidas, correspondia á este jefe propietario dirigirlas y defenderlas : así, por incapaces que ellas fuesen, hallaban estas personas la proteccion que les era necesaria en el poder á que se hallaban sometidas : la ley no tenía que ocuparse de un modo especial en su defensa, y todo lo que vamos á decir les era absolutamente extraño ; pero los que eran *sui juris*, hallándose al frente de una familia y siendo dueños de sí mismos y de sus bienes, tenian indispensablemente necesidad de que la ley atendiese á sus intereses, cuando se hallaban en la imposibilidad de hacerlo por sí mismos. Esto fué lo que se hizo, poniéndolos, segun los casos, en tutela ó en curatela. Estas Instituciones fueron inspiradas por la naturaleza misma de las cosas, y comunes generalmente á todos los pueblos (1) ; la ley romana se apoderó de ellas, las revistió de su carácter particular, y fueron colocadas en el derecho propio de los ciudadanos solamente.

Las causas generales que por la ley romana hacian á las personas incapaces de ejercer sus derechos, eran la debilidad de la edad en los impúberos, y la del sexo en las mujeres : las causas particulares que podian hacer incapaz á un hombre, y no á otro, eran, por ejemplo, la demencia, hallarse furioso, la prodigalidad, etc. En el primer caso habia lugar á la tutela, y en el segundo á la curatela : conforme á las Instituciones, nos ocuparémos primero en la tutela. — Se daban, pues, tutores á los impúberos y á las mujeres de cualquiera edad que fuesen (2). Sin embargo, la tutela perpétua de las mujeres cayó sucesivamente en desuso, sin que en tiempo de Justiniano quedase de ella el menor vestigio. Darémos una idea de la misma; pero para no mezclar la legislacion existente con la derogada, tratarémos primero de la tutela de los impúberos y con separacion de la de las mujeres.

(1) Gay. 1. § 189.

(2) *Tutores constituuntur tam masculis quam feminis : sed masculis quidem impuberibus dumtaxat..... feminis autem tam impuberibus quam puberibus* (Ulp. Reg. 11. § 1).

1. Est autem tutela, ut Servius definivit, *vis ac potestas in capite libero ad tuendum* eum qui *propter ætatem* se defendere nequit, *jure civili data ac permissa.*

1. La tutela es, segun la definió Servio, *la fuerza y el poder en una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger* á aquel que *por causa de su edad* no puede defenderse á sí mismo.

Casi todos los términos de esta definicion han dado materia á comentarios : ellos indican todos los caractéres esenciales de la tutela.

Vis ac potestas. Unos han visto en la palabra *vis* la autoridad sobre la persona del pupilo, y en *potestas* la autoridad sobre los bienes : otros en *vis*, el poder que tiene el tutor de obrar por sí mismo, y en *potestas*, el derecho que tiene para autorizar los actos del pupilo : áun hay algunos para quienes *vis* indica la coaccion ejercida sobre el tutor, que contra su voluntad está obligado á hacerse cargo de la tutela; pero, por el simple conocimiento del estilo de las leyes romanas, se convencerá cualquiera de que en estas leyes las palabras *vis ac potestas* iban comunmente juntas, segun ha observado Vinnio, el cual cita pasajes del Digesto, de la Instituta y del Código, en que estas palabras se encuentran reunidas (1). Así formaban un pleonasmo, lo que es incontestable. Sin embargo, yo añadiré que aquí este pleonasmo podria no ser enteramente inútil, porque existian ciertas tutelas de mujeres, en las cuales el tutor no tenía, por decirlo así, más que una potestad sin fuerza, pues sólo daba su autorizacion *pro forma*, y no podia rehusarla, de tal modo, que Gayo observa en esta ocasion, que si este tutor fuese un patrono ó un ascendiente, no se le podia obligar á dar su autorizacion, y que su tutela tenía alguna fuerza : «*Legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelliguntur*» (2). Esto puede ayudarnos á comprender la extension de esta expresion *tutela est vis ac potestas*. Por supuesto, *potestas* no es aquí más que una expresion tomada en el sentido general de la lengua romana, y de ningun modo la palabra jurídica *potestas*, que designa especialmente el poder dominical ó paterno.

In capite libero. Con esta expresion se designa comunmente una

(1) *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (D. 1. 3. 17).—Inst. 4. 15. 3: «*Ejusque* (interdicti) *vis et potestas hoc est.*» — C. 4. 36. 7.— Añádase Gay. 1. § 22, hablando de los metales empleados primitivamente en las negociaciones : «*Eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere.*»

(2) Gay. 1. § 192.

persona no esclava; pero tiene aquí un sentido más lato, pues indica una persona libre de toda potestad, *sui juris*, sin cuya cualidad no se puede estar en tutela. No dirémos que se aplique tambien al tutor y que signifique que se ha dado potestad á una cabeza libre sobre otra cabeza libre. La construccion de la frase y el razonamiento se oponen á este doble sentido. Para ser tutor es preciso á la verdad no ser esclavo; pero no es necesario ser *sui juris*.

Ad tuendum. La potestad del tutor es principalmente de proteccion, y en el interes del pupilo, diferente en esto de las verdaderas potestades, *potestas*, *manus*, *mancipium*, tiene por objeto defender la persona y los bienes del impúbero. No se le dan al tutor los derechos de este último, ni se le traslada su propiedad, sino sólo se le confia el cuidado de velar en su conservacion y ejercicio.

Propter ætatem. En tiempo de Justiniano no existia ya la tutela por motivo del sexo.

Jure civili. La expresion *jus civile* tiene, como ya hemos dicho, dos significaciones. Designa á veces el derecho propio de los ciudadanos solamente, en oposicion al derecho de gentes; y á veces el derecho establecido por la potestad legislativa, en oposicion al derecho pretoriano. Uno y otro sentido son aplicables á la tutela; porque por una parte sólo los ciudadanos pueden ser tutores ó recibir tutores segun la ley romana; y por otra, la tutela ha sido introducida y arreglada, no por los pretores, sino por leyes, por senado-consultos y por el uso (*legibus*, *senatus-consultis*, *moribus*) (1).

Data ac permissa. A veces la tutela se da por la misma ley: tal es la deferida de derecho á los agnados; no puede negarse que no sea *jure civili data* (2); otras veces sólo se permite la tutela, como la que la ley permite que el jefe de familia dé por testamento; es cierto que es *jure civili permissa* (3). A esta diferencia puede referirse la expresion del texto *data ac permissa*, aunque, sin embargo, ni los juriconsultos romanos, ni Teófilo en su paráfrasis, muestran atribuirles un sentido especial y distinto. Tambien es un pleonasmo.

II. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen ceperunt: itaque ap-

2. Son tutores los que tienen este poder y esta autoridad, y cuyo nombre lo tomaron de la misma cosa;

(1) Ulp. Reg. 11. § 3.
(2) D. 26. 4. 1 y 5. f. Ulp.
(3) D. 26. 2. 1. f. Gay.

pellantur tutores, quasi tuitores atque defensores; sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

así se llaman tutores, es decir, como protectores y defensores, como se llaman *æditui* los que cuidan de los edificios.

Despues de estas ideas generales pasan las Instituciones á exponer diversas especies de tutela. No investigarémos aquí cuántas de estas últimas formaban; pero dejando á un lado esta cuestion, las examinarémos sucesivamente unas despues de otras, siguiendo el texto, y principiando primero por la que se daba por testamento. Esta tutela se llamaba testamentaria (*testamentaria tutela*); y los tutores dados de esta manera, tutores testamentarios (*testamentarii tutores*) (1). Encontramos en Gayo y en Ulpiano que estos tutores tomaban tambien el nombre de tutores dativos (*tutores dativi*), cuando habian sido dados nominalmente, es decir, cuando especialmente habian sido designados en el testamento (2). Pero esta denominacion, ménos general que la otra, se asociaba principalmente á una particularidad de la tutela de las mujeres, que examinarémos al tratar esta materia.

III. Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo : nepotibus vero, neptibusque, ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri. Itaque, si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint, scilicet quia, mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.

3. Es permitido á los ascendientes dar por testamento tutores á los hijos impúberos que se hallen bajo su potestad, y esto sin distincion de hijos ni de hijas. Pero no pueden darlos á los nietos ni á las nietas, sino cuando éstos, despues de la muerte de su abuelo, no deban pasar á poder del padre. Si, pues, en el momento de tu muerte se halla tu hijo bajo tu potestad, tus nietos habidos de aquél no podrán recibir tutores por testamento, aunque se hallen bajo tu potestad, porque, muerto tú, deben pasar bajo la potestad de su padre.

La tutela testamentaria se hallaba autorizada por la ley de las Doce Tablas, en estos términos : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (*Hist. del der.*, p. 86) (3). Era antepuesta á todas las tutelas, porque sólo cuando no habia tutor testamentario se recurria á los otros. Es menester examinar : quién puede nombrar el tutor por testamento; á quién se le puede nombrar; quiénes

(1) D. 26. 2. 11. princ. §§ 1 y 4.—46. 3. 14. § 5. f. Ulp.

(2) *Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, dativi* (Gay. 1. § 154.)—*Testamento quoque nominatim tutores dati..... tutores dativi appellantur* (Ulp. Reg. 11. 14).

(3) Ulp. Reg. 11. § 14.

pueden ser nombrados, y cómo debe hacerse el nombramiento. Las dos primeras cuestiones se tratan en este título, y las dos últimas en el siguiente.—Sólo el jefe de familia puede nombrar el tutor por testamento, y de él habla la ley de las Doce Tablas, que acabamos de citar. Sólo pueden nombrar un tutor á los hijos que tienen bajo su poder : por eso se encuentra en la ley esta expresion notable, *tutelave suæ rei*, para decir la tutela de las personas que le pertenecen; pero no basta que los hijos estén en poder del testador; es necesario que á la muerte de éste tengan necesidad de un tutor, es decir, que sean impúberos y *sui juris;* esto hace repetir en las Instituciones las observaciones que se han hecho ántes, cuando se trataba de determinar cuáles son los hijos que á la muerte del jefe se hacen *sui juris.*

IV. Cum autem *in compluribus aliis causis* postumi pro jam natis habentur et in hac causa placuit non minus postumis quam jam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur, *sui heredes*, et in potestate eorum, fierent.

4. De la misma manera *que en otros muchos casos* son considerados los póstumos como nacidos, igualmente se ha decidido aquí que podrán, lo mismo que los hijos ya nacidos, recibir tutores por testamento, con tal, sin embargo, que se hallen en una posicion tal que, si fuesen nacidos en vida de sus ascendientes, habrian sido *herederos suyos* y estado bajo su potestad.

In compluribus aliis causis.—En el sentido más general las palabras *hijo póstumo* significan hijo nacido despues de la muerte. Se debe indicar á la muerte de qué persona se compara el nacimiento de este hijo; porque puede ser póstumo con relacion á su abuelo, á su tio, á su hermano, á su padre, segun que ha nacido despues de la muerte de uno ó de otro. En un sentido particular se entiende por *póstumo,* sin otra designacion, al hijo nacido despues de la muerte de su padre.—El póstumo, ya concebido, no ha sido nunca para las personas muertas ántes de su nacimiento, sino un sér incierto, y como tal, segun el antiguo derecho romano, no podia recibir por el testamento de aquellos de quienes era póstumo, ni tutor, ni legados, ni herencia (1). Este derecho primitivo fué modificado en un solo punto; cuando moria un jefe de familia dejando un hijo únicamente concebido, el cual, si ya hubiese na-

(1) Gay. 2. § 241.—*Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona* (Ib. § 242.—Instit. 2. 20. 26).

cido, habria sido su heredero, pareció demasiado rigoroso despojar á este póstumo de la herencia paterna porque hubiese nacido despues de muerto su padre, y fué considerado como si hubiese nacido en vida de éste. Así es que fué llamado á la herencia legítima, y que fué permitido al jefe instituirlo heredero en su testamento ó desheredarle (1); darle un legado y nombrarle un tutor: por eso decia Gayo en sus comentarios, que para el nombramiento de un tutor y para otras muchas cosas (*in cumpluribus aliis causis*), se consideraba al hijo póstumo como nacido (2). Estas expresiones han sido trasladadas á las Instituciones, donde tienen un sentido todavía más lato; porque Justiniano dió á los póstumos el derecho de recibir de todo el mundo por testamento, considerándolos como nacidos, no sólo con relacion al jefe de quien habrian debido heredar, sinó con relacion á todas las demas personas (3).

Sui heredes. Se llaman herederos suyos (*sui heredes*) en el órden *ab instestato*, los hijos que en la familia, no hallándose precedidos por nadie, debian á la muerte del jefe ser *sui juris;* la ley les daba la herencia. Para que el póstumo pudiese recibir un tutor del jefe de familia que se hallaba en el artículo de la muerte, era preciso que, reputándolo como nacido en el momento de esta muerte, se hallase en esta posicion. Un ejemplo explicará esta regla. Un abuelo tiene bajo su potestad á su hijo casado, cuya mujer se encuentra embarazada; durante el embarazo muere el abuelo, dejando á su hijo por jefe de la familia y heredero suyo; muere este hijo algun tiempo despues, y tambien durante el embarazo de su mujer; en fin, nace el nieto, y como viene á ser póstumo con respecto á su padre y á su abuelo, nace *sui juris* y con necesidad de un tutor. ¿Ha podido recibirlo por el testamento de su abuelo? No, porque suponiéndolo nacido á la muerte de éste, no habria sido *sui juris* y heredero suyo, pues era precedido por su padre, bajo cuya potestad pasó en algun modo, aunque todavía no estuviese más que concebido. Pero ha podido recibir un tutor por el testamento del

---

(1) Gay. 2. § 130. —Inst. 2. 13. 1.

(2) Gay. 1. § 147.

(3) Instit. 2. 20. 26 y 28.—Es preciso observar las dos reglas siguientes: cuando se tratase de un hijo concebido, para defender sus intereses, para impedir que padeciesen sus derechos, se obraba como si este hijo hubiese ya nacido; *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quæritur* (D. 1. 5. 7. f. Paul). Pero cuando se trataba de un póstumo, es decir, de un hijo concebido, y considerado con relacion á una persona muerta ántes de su nacimiento, no era, hasta Justiniano, reputado nacido sino relativamente al jefe de quien debia heredar.

padre, porque reputándolo ya nacido al tiempo de su muerte, era por esto mismo *sui juris et suus heres.*—Por lo demas, es menester guardarse bien de inferir de esto que el hijo deba necesariamente ser heredero para que el padre pueda darle un tutor por testamento. Sólo á su patria potestad debe el jefe la potestad de nombrar tutor. Podria en su testamento privar á sus hijos de toda sucesion, desheredándoles, y sin embargo designarles un tutor (1). Así en esta máxina de Q. M. Scevola : *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur habuit, habiturusve esset, si vixisset* (2), se ha querido explicar por estas palabra, *suis heredibus*, que no se puede dar un tutor sino á los hijos que no son precedidos por nadie en la familia, y que la ley, por consiguiente, pone entre los herederos suyos.

V. Sed si emancipator filio tutor à patre testamento datus fuerit, *confirmandus est* ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

5. Mas si ha sido dado tutor por testamento del padre á un hijo emancipado, debe ser *confirmado* por sentencia del presidente en todos los casos, y por consiguiente, sin sumaria investigacion.

Confirmandus est. En muchos casos en que el nombramiento de tutor era nulo segun el derecho, debia aquél, sin embargo, ser confirmado por el magistrado. Un título especial se halla dedicado á esta materia en el Digesto y en el Código, *de confirmando tutore vel curatore* (3). Si el padre ha dado el tutor en un testamento ó en un codicilo no válido, si lo ha dado á un hijo emancipado sobre el cual no tenía patria potestad, ó á un hijo natural, con tal que en este caso le haya dejado algunos bienes (4): si la madre, un patrono ó un extranjero han dado tutor por testamento á un hijo que han instituido heredero (5): en todos estos casos, aunque segun el derecho estricto no sea el tutor válidamente dado, el magistrado lo confirma sin sumaria informacion, cuando ha sido dado por el padre, y si lo ha sido por cualquier otra persona, con sumaria, es decir, averiguando, segun la fortuna, la probidad y aptitud del tutor, si podrá desempeñar bien el cargo que se le confia (6).

(1) D. 26. 2. 4. f. Modest.—Ib. fr. 31.
(2) D. 50. 17. 73. § 1.
(3) D. 26. 3.—C. 5. 29.
(4) D. 26. 3. 1. § 1.—Ib. fr. 3 y 7.—C. 5. 29. 4.
(5) D. 26. 2. 4.—C. 5. 28. 4.—D. 26. 3. 1. § 1.—Ib. fr. 4.
(6) D. 26. 2. 1. § 2.—Teof. h. p.

TITULUS XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

TÍTULO XIV.

QUIÉN PUEDE SER NOMBRADO TUTOR POR TESTAMENTO.

Es evidente, por primer principio, que no se podia nombrar tutor por testamento sino á personas á quienes fuese permitido hacer entrar en la confeccion de semejante acto, que pudiese tomar por objeto de una disposicion testamentaria, ó, para explicarnos como los romanos, á aquellos con quienes se tuviese faccion de testamento : *Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est.—Cum quibus testamenti faciendi jus est* (1). Así por esto se hallaban excluidos todos los extranjeros, porque no se tenía con ellos faccion de testamento. Pero ¿esta condicion general bastaba, y toda persona capaz de figurar en un testamento como heredero ó como legatario, podia figurar en él como tutor? Las mujeres, los hijos de familia, los esclavos, los furiosos y los impúberes pueden recibir un legado y una herencia; ¿y podrán recibir una tutela? Las Instituciones examinan sucesivamente el nombramiento de estas diversas personas.

Las mujeres no podian ser llamadas á la tutela, que era una carga pública bajo ciertos aspectos, y que se hallaba reservada á los hombres únicamente (2). No habia excepcion sino respecto de aquellas que obtenian del príncipe permiso para administrar la tutela de sus propios hijos (3).

Dari autem potest tutor non solum pater familias, sed etiam filius familias.

Se puede nombrar tutor no sólo al padre de familia, sino tambien al hijo de familia.

Si el hijo de familia se hallaba sometido á su padre, era á causa del carácter particular de la patria potestad entre los romanos, y no por ninguna incapacidad. Podia desempeñar todos los cargos públicos, cuando tuviese la edad competente, y lo mismo sucedia respecto de la tutela (4).

(1) D. 26. 2. 21. f. Paul.—Ulp. Reg. 11. § 15.
(2) D. 26. 2. 26. f. Papin.
(3) D. 26. 1. 18. f. Nerat.
(4) D. 1. 6. 9. f. Pomp.

1. Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, eum et sine libertate tutorem datum, *tacite libertate directam* accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus *pure inutiliter testamento datur* tutor; sed ita *cum liber erit*, utiliter datur: proprius autem servus *inutiliter eo modo* tutor datur.

1. Tambien puede ser nombrado válidamente tutor por testamento su propio esclavo manumitiéndole. Pero conviene saber que áun en el caso en que se le ha nombrado tutor sin manumitirlo, se reputa haber tácitamente la libertad directa, y por esto recibe válidamente la tutela. Sin embargo, de otra manera sería si se le hubiese nombrado tutor por error, creyéndole libre. En cuanto al esclavo de otro, no se puede en su testamento darle por tutor *pura y simplemente*, sino con la condicion de cuando sea libre: si se nombrase así á su propio esclavo, el *nombramiento sería inútil.*

Tacite libertatem directam. Los esclavos eran incapaces de desempeñar ningun cargo; si se les queria nombrar tutores, era preciso manumitirlos ántes. Hubo un tiempo en que se les nombraba tutores sin manumision, y es cierto que los principios rigorosos del derecho primitivo se oponian á la validez de este nombramiento, y que ha debido existir una época en que fuese radicalmente nulo. Sin embargo, cuando se relajó el rigor de los primeros principios, pudo modificarse esta máxima en favor de la libertad y de los pupilos (*et libertatis et pupillorum favore*). Hallamos en el Digesto un fragmento de Paulo, que por sólo el hecho de que el esclavo ha sido nombrado tutor, decide que debe tener la libertad directa (1). Esta opinion no debia estar universalmente adoptada y completamente establecida, porque cerca de 40 años despues los emperadores Valeriano y Galieno dicen en un rescripto que en este caso es cosa recibida que el esclavo tenga libertad fideicomisaria (2). Justiniano sanciona en este lugar la opinion de Paulo. Entre la libertad directa y la libertad fideicomisaria hay, como sabemos, una diferencia principal, cual es, que la primera la adquiere el esclavo de pleno derecho, despues de la aceptacion de la herencia, miéntras la segunda no la adquiere sino cuando el heredero lo ha manumitido.

Puræ inutiliter testamento datur. Una disposicion es pura y simple cuando no se le pone ninguna condicion, ninguna modificacion. No se podia manumitir pura y simplemente al esclavo de

(1) D. 26. 2. 32. § 2. f. Paul.
(2) C. 7. 4. 9.

otro, pero sí se podia por fideicomiso (1); la tutela debia seguir la misma regla, pues no podia existir sin la libertad. Así esta disposicion : «Os ruego, mi heredero, que manumitais al esclavo de mi vecino, y lo doy por tutor á mi hijo», era válida; miéntras que ésta : «Que Estico, esclavo de mi vecino, sea tutor de mi hijo», debia ser nula. Sin embargo, separándose los prudentes del derecho rigoroso, decidieron siempre en favor de la libertad y de los pupilos, que áun en este último caso se juzgase que el testador habia querido dar la libertad fideicomisaria, á ménos que no fuese evidente que no era esa su intencion (*nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat*), y el heredero, por consiguiente, debia comprar al esclavo y manumitirlo (2). Las palabras de las Instituciones, *puræ inutiliter datur*, deben, pues, tomarse en el sentido en que el nombramiento es inútil como puro y simple, lo que no impide que sea válido como fideicomisario. En cuanto á esta disposicion: «Que Estico, esclavo de mi vecino, sea tutor cuando sea libre», no tenía nada que fuese contrario al derecho, porque el nombramiento estaba hecho para una época en que el esclavo fuese capaz de desempeñarlo.

Inutiliter eo modo. Porque el que dice : «Doy á mi hijo por tutor mi esclavo Eros, cuando sea libre», no tiene evidentemente intencion de manumitir este esclavo.

II. Furiosus, vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major vigintiquinque annis factus fuerit.

2. El furioso ó menor de 25 años, nombrado tutor por testamento, tomará la tutela cuando recobre su juicio ó sea mayor de los 25 años.

Un loco no podia ser tutor. Algunos autores juzgaban que su nombramiento era nulo; pero los más pretendian que fuese siempre considerado como hecho bajo esta condicion tácita, *cum suæ mentis esse cœperit* (3). Esta es la opinion que establecen las Instituciones, y que se aplica de una manera análoga al menor de 25 años. Es casi inútil decir que si el pupilo, teniendo, por ejemplo, 12 años, y el ciudadano designado por tutor 20, como el uno llegará á su pubertad ántes que el otro llegue á los 25 años, el nombramiento es enteramente inútil.

(1) Inst. 2. 24. 5.
(2) D. 26. 2. 10. § 4. f. Ulp.—C. 7. 4. 9.
(3) D. 26. 1. 11. f. Paul.—26. 2. 10. § 3. f. Ulp.

Es preciso añadir, para terminar el exámen de los que podian ser tutores, que los militares eran incapaces de ello (1). No se podia tampoco nombrar á una persona incierta, como, por ejemplo: «El primero que encuentre mi entierro», porque la tutela no debe darse sino en confianza (2).

III. Ad certum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel *ante heredis institutionem*, posse dari tutorem, non dabitatur.

3. No se duda que se puede nombrar tutor hasta un cierto tiempo ó á principiar desde un cierto tiempo, ó bajo condicion, ó áun *ántes de la institucion de heredero.*

El tutor podia ser nombrado pura y simplemente (*puræ*): que Ticio sea tutor;—hasta un cierto tiempo (*ad certum tempus, ad diem*): que sea tutor durante 4 años;—desde un cierto tiempo (*ex certo tempore, a die*): que tome la tutela 4 años despues de mi muerte;—bajo condicion (*sub conditione*): que sea tutor, si gana el pleito que sostiene en este momento. No sin motivo se explican formalmente sobre la validez de semejantes nombramientos; porque verémos que el testador tenía la misma latitud en todas las disposiciones testamentarias, y que no podia nombrar heredero ni por tiempo determinado ni desde cierto tiempo (3).

Ante heredis institutionem. La institucion de heredero era la designacion de las personas que el testador elegia por herederos. El testamento no existia sino por esta institucion, y debia principiar por ella; de tal modo, que en otro tiempo los legados, los fideicomisos y las manumisiones inscriptas ántes de la institucion de heredero, eran nulas. Algunos jurisconsultos áun extendian este rigor al nombramiento de tutor; pero Labeon, Próculo y sus discípulos eran de opinion contraria relativamente al tutor (4). Por lo demas Justiniano abolió esta sutileza, no sólo respecto de la tutela, sino respecto de las demas disposiciones.

IV. Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur.

4. Mas un tutor no puede ser dado para una cierta cosa ó para un negocio especial, porque se da á la persona y no al negocio ni á la cosa.

Verémos en adelante cómo es preciso entender esta máxima, de que el tutor se da á la persona y no á la cosa. Basta aquí decir

(1) C. 5. 34. 4.—Inst. 1. 25. 14.
(2) Ib. 2. 20. 27.
(3) Inst. 2. 14. 9.
(4) Gay. 2. § 229 y sig.

que teniendo la tutela por objeto general defender al pupilo en todos sus intereses, en su persona, en sus bienes y en sus negocios, no se podia hacer de ella un mandato especial para un objeto determinado. Semejante nombramiento habria sido absolutamente nulo (1). Habia en otro tiempo algunas excepciones de esta regla para ciertos casos, en los que, miéntras que ya habia un tutor, se nombraba á otro para un negocio particular; pero estas excepciones no eran ya admitidas en tiempo de Justiniano (2).—Ademas, nada impedia que se nombrasen al mismo pupilo muchos tutores, en cuyo caso debian dividir entre sí la administracion, como explicarémos en breve. Nada impedia tampoco, cuando los bienes se hallaban situados en diversas y apartadas provincias, distribuir entre diferentes tutores la gestion de estos mismos bienes.

V. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur, quia filii vel filiæ appellatione et postumus vel postuma continetur. Quod si nepotes sint, an apellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterum si filios, non continebuntur; aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi, quam cæteri liberi continebuntur.

5. Si alguno ha dado tutores á sus hijas ó hijos, se juzga haberlos dado á aquellas ó aquellos que son póstumos, porque estos últimos están comprendidos en la expresion de hijas ó hijos. Pero si se trata de nietos, ¿es preciso extender á ellos el nombramiento de tutor, hecho para los hijos? Sí, si el difunto se ha valido de la palabra *descendientes* (*liberos*); pero no, si ha usado la de hijos (*filios*). Porque hay una diferencia entre hijos y descendientes ó nietos. Mas si el tutor fuese dado á los póstumos, esta palabra comprenderia á todos los hijos y á todos los demas nietos póstumos.

TITULUS XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege Duodecim Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

TÍTULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

A falta de tutor dado por testamento, se confiere la tutela, segun la ley de las Doce Tablas, á los agnados, que se llaman tutores legítimos.

Pasemos á tratar de los tutores legítimos. Son en general, segun dice Ulpiano, los nombrados por una ley; y sobre todo, los

(1) D. 26. 2. 13. f. Pomp.
(2) Gay. 1. 176 y sig.—Ulp. Reg. 11. § 20 y sig.—Inst. 1. 21. 3.

que proceden de la ley de las Doce Tablas, ya expresamente, ya por consecuencia : *Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt : per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege Duodecim-Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consecuentiam, quales sunt patroni* (1). Estos tutores no son dados por nadie, sino que reciben la tutela de la ley misma : *Legitimo tutores nemo dat, sed lex Duodecim-Tabularum fecit tutores* » (2). En cuanto á las expresiones propias de la ley de las Doce Tablas sobre esta materia no nos son conocidas; pero sabemos que esta ley, colocando la tutela entre los derechos de familia, y estableciendo una analogía entre ella y la herencia, la deferia sólo á los agnados. Respecto de éstos, no es sólo la tutela una medida dictada en interes del que es incapaz, sino un derecho; porque se trata de su agnacion, de la asociacion de familia de que son individuos, y del patrimonio de esta asociacion. Con este objeto Gayo, y despues de él las Instituciones, tratan de la agnacion, sobre la cual hemos ya dado algunas ideas (*General. del der. rom.*, p. 41).

I. Sunt autem agnati, cognati *per virilis sexus* cognationem conjuncti, cuasi a patre cognati : veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus, et patrui filius neposve ex eo. At qui per femini sexus personas cognatione junguntur non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati : itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus; et invicem tu illi eodem jure conjungeris : quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.

1. Son agnados : los cognados unidos por el sexo masculino, los cognados por su padre ; por ejemplo, el hermano nacido del mismo padre, su hijo, y el hijo de este hijo; de la misma manera el tio paterno, su hijo, ó el hijo de este hijo. En cuanto á los cognados unidos por el sexo femenino, no son agnados, sino sólo cognados por derecho natural : así el hijo de una tia paterna no es tu agnado, sino tu cognado; y recíprocamente no te hallas tú ligado á él sino por este título; porque los hijos siguen la familia del padre, y no la de la madre.

Sabemos que la palabra cognado es una expresion general que se aplica á todos los parientes. Los agnados forman una clase particular de cognados, y son individuos de una misma familia (*ejusdem familiæ, ex eadem familia*) (3), comprendiendo en la palabra familia, no una sola casa dirigida por un solo jefe, sino todas las

(1) Ulp. Reg. 11. § 3.
(2) D. 26. 4. 5. f. Ulp.
(3) Ulp. Reg. 11. § 4.—D. 8. 10. 10. § 2. f. Paul.

casas que reunidas en su orígen en una sola se dividen sucesivamente á la muerte de cada jefe. El derecho civil, tomado en todo su rigor, no sanciona otro vínculo de parentesco que el de los agnados, á quienes concede únicamente los derechos de familia, como los de tutela y herencia. En oposicion á los agnados, y en un sentido limitado, se llaman simplemente cognados los parientes que están enlazados por un vínculo natural.

Per virilis sexus. Los agnados son, pues, los cognados individuos de una misma familia. Pero ¿cuáles son los individuos de una misma familia? Ya lo sabemos: los parientes por el sexo masculino, que proceden de justas nupcias ó legitimados, y los hijos adoptivos. En cuanto á los parientes por parte de las mujeres, como no entran en la familia de su madre, no son cognados de los parientes de esta última: esto es lo que dicen aquí las Instituciones. Mas puede suceder que un pariente por varon no sea agnado, si se ha separado de la familia; ó en sentido inverso, que un pariente por hembras ó un extranjero sea agnado, si por la adopcion ha sido introducido en la familia: es preciso, pues, guardarse bien de creer, como podria suceder leyendo el texto, que la agnacion vaya esencialmente unida á la cualidad de pariente por el sexo masculino, pues va unida á la existencia en la misma familia. El texto no expresa aquí el carácter de la agnacion, pero indica cuáles son ordinariamente los agnados y los cognados.

II Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare; sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

2. Que la ley llama los agnados á la tutela *abintestato*, no significa que los llame cuando el que podia nombrar tutores muriese sin testamento, sino cuando ha muerto *abintestato* en cuanto pertenece á la tutela: lo que se entiende que sucede, cuando aquel que es nombrado tutor, muere quedando vivo el testador.

Aquí se examina cuándo debe tener lugar la tutela, y esto sucede: 1.°, cuando el padre de familia ha muerto sin testar, ó al ménos sin nombrar tutor en su testamento; entónces se dice absolutamente intestado, ó al ménos intestado con relacion á la tutela; 2.°, cuando muere el tutor nombrado ántes que el testador; muere éste intestado con relacion á la tutela, porque el nombramiento que habia hecho ha quedado ilusorio ántes de su muerte; 3.°, cuando habiendo desempeñado su encargo el tutor testamen-

tario, muere ó pierde sus derechos de ciudadano ántes que el pupilo haya llegado á la pubertad, en cuyo caso se recurre á los agnados para todo el tiempo que resta de tutela (1); 4.°, cuando el testador sólo ha deferido la tutela por un tiempo determinado, ó hasta que se verifique una cierta condicion: pasado aquel tiempo ó verificada esta condicion, se debe igualmente recurrir á la tutela legítima.—En estos dos últimos casos se considera que el padre de familia ha testado para una parte de la tutela, y que en cierto modo ha muerto abintestato para todo lo demas que falte de ella. Esta es una diferencia notable con respecto á la herencia. Ya verémos que nunca era permitido á un ciudadano morir parte con testamento y parte abintestato con respecto á su sucesion; entre los herederos testamentarios y los herederos legítimos no se admitia ninguna distribucion, ya en la cuota de la herencia, ya en el tiempo (2). Este principio no se habia trasladado á las tutelas en cuanto al tiempo, porque no era contrario á su naturaleza ser desempeñadas en un tiempo por una persona y en otro por otra.

III. Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civiles nomen est; cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.

3. Mas el derecho de agnacion se extingue por regla general por toda disminucion de cabeza: porque la agnacion es un vínculo de derecho civil; mas el derecho de cognacion no se extingue en todos estos casos, porque la ley civil puede destruir los derechos civiles, pero no los naturales.

La agnacion es un efecto puramente civil, unido á la existencia en la misma familia. Debe por consiguiente desaparecer, y con ella todos los derechos que daba, cuando cesa esta existencia en la misma familia por cualquier causa que sea. La cognacion propiamente dicha, es decir, el parentesco natural, es el resultado de un hecho, el nacimiento ó procedencia de un tronco comun. Este hecho es indestructible, y por consiguiente tambien la cognacion. Nada hay en el mundo capaz de hacer que el que ha nacido del mismo padre que yo, deje de haber nacido de este padre, y por consiguiente deje de ser mi hermano. Pero respecto de los derechos civiles concedidos á la cognacion, puede la ley privar de ellos, porque ella los ha dado. En resúmen, el vínculo de agnacion y todos sus de-

(1) D. 26. 2. 11. §§ 3 y 4. f. Ulp.—D. 26. 4. 6. f. Paul.
(2) Inst. 2. 14. 9.

rechos pueden ser destruidos; el vínculo de cognacion no puede serlo nunca, pero sí los derechos de cognacion. Como la pérdida de la agnacion lleva consigo la pérdida de la tutela, por lo mismo, y como cosa accesoria, examinan en este lugar Gayo, Ulpiano y las Instituciones las disminuciones de cabeza.

TITULUS XVI.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Est autem capitis deminutio, prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

TITULO XVI.

DE LA DISMINUCION DE CABEZA.

La disminucion de cabeza es el cambio del anterior estado. Tiene lugar de tres maneras, pues es ó grande, ó menor, que algunos llaman media, ó mínima.

Como ya hemos dicho en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, el estado del ciudadano romano se componia esencialmente de tres elementos constitutivos, sin los cuales jamas existia : tales son la libertad, la ciudad y la familia : « *Tria sunt quæ habemus: libertatem*, *civitatem*, *familiam* » (1). Sin la libertad, sin la ciudad y sin la familia, en la que uno era el jefe ó dependiente, podia decirse que no habia ciudadano. En cuanto á las cualidades particulares de senador, patricio, caballero, cónsul, etc., eran accesorias, pudiendo hallarse en uno y no en otro, y no entrando en manera alguna á constituir el estado de ciudadano romano. Los tres elementos que componian dicho estado no tenian todos la misma importancia, ni se modificaban del mismo modo. Como la clase de los hombres libres era una por su naturaleza en cuanto á la libertad, no habia término medio, haciendo abstraccion de los demas derechos, entre corresponder ó no á ella, entre poseer ó no la libertad : así no se dice *libertas mutatur*, sino *libertas amittitur* (2). La pérdida total de uno de los elementos constitutivos del estado de ciudadano romano llevaba consigo la pérdida del estado mismo y de los otros dos elementos que lo componian : esto era lo que se llamaba *maxima capitis deminutio*. — Del mismo modo, como no habia más que una sola ciudad romana, tampoco habia término medio entre corresponder ó no á ella, entre poseer ó perder la ciudad : tampoco se dice *civitas mutatur*, sino

(1) D. 4. 5. 11. f. Paul.
(2) Ulp. Reg. 11. § 11.

civitas amittitur (1). La pérdida total de uno de los elementos constitutivos del estado de ciudadano romano llevaba tambien consigo la pérdida del estado mismo, pero no la de los otros dos elementos; porque aquí la persona, perdiendo el estado de ciudadano romano, perdia la familia, pero conservaba la libertad : ésta es la *media capitis deminutio.*—En fin, como en la ciudad romana habia muchas familias, miéntras que se conservaba la libertad y la ciudad, no se salia de una de estas familias sino para entrar en otra, en la que era el que entraba ó jefe ó dependiente; no habia nunca pérdida absoluta, sino sólo mutacion (*familia tantum mutatur*) (2). El estado de ciudadano romano no se destruia (*salvo statu*) (3), y sólo se modificaba la situacion del hombre (*status dumtaxat hominis mutatur*) (4): ésta se llamaba *minima capitis deminutio.*—En otro tiempo el que perdia la libertad ó la ciudad dejaba de ser inscripto en el censo de los ciudadanos, mas el que mudaba de familia continuaba siendo inscripto en dicho censo, aunque en otro lugar, como correspondiente á tal familia en lugar de cual otra.—¿De dónde procede que se hubiese dado á la pérdida de la libertad y de la ciudad, como igualmente á la mutacion de familia, el nombre de *capitis deminutio*, que significa, literalmente traducido, disminucion de cabeza? Hotoman ha dado sobre esto una explicacion ingeniosa, que ha citado Vinnio, comentada por Heinnecio, y que ha sido despues generalmente repetida: consiste dicha explicacion en que en todos estos casos hay disminucion de una cabeza en la clase de los hombres libres, en la ciudad ó en la familia, de tal modo que en el sentido primitivo la palabra *disminucion* debia aplicarse á la clase que perdia uno de sus individuos, y no al mismo individuo; sólo por una trasposicion de ideas se ha hecho que recaiga sobre este último, y se ha dicho *capite deminutus*.

I. Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; quod accidit his qui servis pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ; vel libertis, ut ingra-

1. Hay grande ó máxima disminucion de cabeza, cuando alguno pierde al mismo tiempo la ciudad y la libertad; lo que sucede á aquellos á quienes una sentencia atroz hace esclavos de la pena; á los libertos

(1) Inst. h. t. § 2.
(2) D. 4. 5. 11. f. Paul.
(3) D. 38. 17. 1. § 8. f. Ulp.
(4) Ulp. Reg. 11. § 13.—Inst. h. t. § 3.

tis erga patronos condemnatis; vel his qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.

condenados como ingratos con sus patronos; ó á aquellos que se han dejado vender para participar del precio de la venta.

El que pierde la libertad, pierde á un tiempo la ciudad y la familia. En cuanto á los acontecimientos que producen la máxima disminucion de cabeza, ya los hemos enumerado. Ahora debemos recordarlos. Los únicos que todavía existian en tiempo de las Instituciones son los que cita nuestro texto. 1.° Una pena. En efecto, los condenados al último suplicio, como, por ejemplo, á ser devorados por las fieras, pena cruel que áun existia en tiempo de Justiniano (*qui bestiis subjiciuntur, ad bestias damnati*) (1), los condenados á las minas (*in metallum, in opus metalli damnati*) (2), quedaban hechos esclavos por el solo efecto de la condenacion ó de la sentencia, y sin necesidad de esperar su ejecucion (3). Pero no tenian otro señor más que el suplicio; por eso se les llamaba *servi pœnæ*, y si se les daba alguna cosa por testamento, la disposicion se consideraba como no puesta, pues no tenian señor para quien pudiesen adquirir (4). Posteriormente abolió Justiniano (año 538) este género de servidumbre en la novela 22, cap. VIII.—2.° La ingratitud del liberto. Daba ésta al patrono derecho para acusar al liberto ante el magistrado, y obtener una sentencia que hiciese volver á aquél á la esclavitud (5).—3.° La venta que un hombre libre y mayor de 20 años hacía de su propia persona para tomar parte del precio.

II. Minor, sive media capitis deminutio, est cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur; quod accidit ei cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.

2. Se dice menor ó media disminucion de cabeza cuando alguno pierde la ciudad conservando la libertad; lo que sucede á aquel á quien se le prohibe el agua y el fuego, ó al que ha sido deportado á una isla.

La media disminucion de cabeza hace perder necesariamente los derechos de familia, porque estos derechos son propios de los ciudadanos solamente; pero el hombre queda libre y se hace extranjero (*peregrinus fit*) (6).—La interdiccion del agua y del

(1) Inst. 1. 12. § 3.—D. 48. 19. 11. § 3. f. Marc. y 29. f. Gay.
(2) D. 48. 19. 17. f. Marc.
(3) Ib. f. 10. § 1. Marc.—Ib. f. 2. § 1. Ulp.
(4) Ib. f. 17. Marc.
(5) D. 25. 3. 6. § 1. f. Modest.—C. 6. 7.
(6) Ulp. Reg. 10. § 3.

fuego era una fórmula de destierro perpétuo que se usaba para obligar á un ciudadano á que él mismo se expatriase, hallándose privado de todas las cosas necesarias para la vida. Nadie, nos dice Ciceron, podrá nunca, por ninguna órden del pueblo, perder los derechos de ciudad contra su voluntad : *Civitatem vero nemo unquam ullo populi jussu amittet invitus;* ni áun los sentenciados; sólo se hace de un modo indirecto, prohibiéndoles el uso del agua y del fuego : *Id autem ut esset faciendum, non ademptione civitatis, sed tecti, et aquæ et ignis interdictione faciebant*) (1). Este carácter sagrado que protegia el título de ciudadano romano llegó á desaparecer ; pero subsistió la fórmula del destierro.—La deportacion se diferenciaba de la interdiccion del agua y del fuego, en que en el primer caso era el sentenciado encerrado en un paraje determinado, ó en una isla, de donde no podia salir bajo pena de muerte (2). Este género de pena reemplazó en un todo á la interdiccion del agua y del fuego, cuyo nombre se conservó sin embargo (3). Es preciso no confundir con la deportacion la relegacion, que era tambien un destierro en un lugar designado. Se diferenciaba esta última de la anterior en que podia ser perpétua ó temporal, y sobre todo, en que por ella no se perdian en ningun caso los derechos de ciudad (4).

III. Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed *status hominis commutatur;* quod accidit his qui, cum sui juris fuerunt, *cœperunt alieno juri subjecti esse;* vel contra, si filius familias a patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.

3. Hay disminucion mínima de cabeza cuando conservándose la ciudad y la libertad, el *estado del hombre varía;* lo que tiene lugar respecto de aquellos que despues de haber sido *sui juris, pasaron al poder de otro.* Mas, por lo contrario, cuando un hijo de familia es emancipado por su padre, experimenta disminucion de cabeza.

Status hominis conmutatur. El estado de ciudadano romano no se pierde en manera alguna, como ya hemos dicho, por la variacion de familia ; por eso no se dice aquí *status amittitur*, sino ántes bien dice Ulpiano con propiedad que la mínima disminucion de cabeza tiene lugar *salvo statu* (5) ; pero si el estado de ciuda-

(1) Cic. *Pro domo.* c. 29 y 30.
(2) D. 48. 19. 4. f. Marc.
(3) D. 48. 19. 2. § 1.
(4) D. 48. 22. 7. Ulp.
(5) D. 38. 17. 1. § 8. f. Ulp.

dano romano no se pierde, la situacion de la persona en cuanto á la familia se modifica, y esto es lo que significan aquí las expresiones de nuestro texto.

Cœperunt alieno juri subjecti esse. Este pasaje no sirve para más que para citar como ejemplo al adrogado y al emancipado. Guardémonos bien de entenderlo como enunciando el principio de que para que haya mínima disminucion de cabeza, es preciso que la persona haya pasado del estado de jefe de familia al de hijo, ó al contrario, del estado de hijo al de jefe. Ademas de que esta traduccion sería viciosa, expresaria un error de derecho. Hay mínima disminucion de cabeza siempre que hay variacion de familia (*cum familiam mutaverint*) (1). Puede suceder que en esta trasmutacion el que era hijo se haga jefe, ó al contrario; pero puede ocurrir tambien que no suceda esto : así el hijo dado en adopcion por su padre, entra en la nueva familia con la cualidad de hijo que en la otra tenía.—En otro tiempo la mujer que pasaba *in manu viri*, y el hombre libre que era dado *in mancipio*, experimentaban tambien la mínima disminucion de cabeza (2).

IV. Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

4. El siervo manumitido no produce disminucion de cabeza, porque no tenía cabeza.

Paulo dice en otros términos : *Servile caput nullum jus habet, ideo nec minui potest* (3). El esclavo no tenía ninguno de los derechos que componian el estado de ciudadano romano, ni libertad, ni ciudad, ni familia; y en este sentido se dice que *nullum caput habuit*. Cuando era manumitido, ni la clase de los hombres libres, ni la ciudad, ni ninguna familia, perdian ninguno de sus individuos : no habia, pues, disminucion de cabeza.

V. Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur; et ideo a senatu motos capite non minui constat.

5. No hay disminucion de cabeza respecto de aquellos cuya dignidad se muda más bien que el estado, ni por consiguiente respecto del senador que es excluido del senado.

Sabemos que las diversas dignidades no entraban en manera alguna en la composicion del estado de ciudadano romano, que exis-

(1) D. 4. 5. 3. f. Paul.
(2) Gay. 1. § 162.
(3) D. 4. 5. 3. § 1. f. Paul.

tia sin ellas; la adquisicion ó pérdida de dichas dignidades en nada afectaban al Estado.

VI. Quod autem dictum est, manere cognationis jus est post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis diminutio interveniat; manet enim cognatio. Nam, si maximas capitis diminutio intercurrat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati; et nequidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

6. Cuando se ha dicho que los derechos de cognacion sobreviven áun á la disminucion de cabeza, se ha querido hablar de la mínima; en efecto, entónces no se destruye la cognacion; pero si interviene la máxima disminucion de cabeza, perece el derecho de cognacion, como por ejemplo perece por la esclavitud de algun cognado, sin que se restablezca la cognacion ni áun por la manumision. Tambien se acaba la cognacion por la deportacion á una isla.

El objeto que ha hecho examinar en este lugar las disminuciones de cabeza consiste, como hemos dicho, en conocer su influjo sobre la agnacion, y como cosa accesoria sobre la cognacion. Esta influencia puede resumirse así: el vínculo mismo de la agnacion y los derechos que ella da se destruyen por toda disminucion de cabeza; el vínculo natural de la cognacion no se destruye por ninguna disminucion; los derechos civiles que lleva consigo se acaban por la máxima y la media, pero no por la mínima, que deja el entero goce de los derechos civiles, y que tiene el único efecto de producir un cambio de familia, cosa indiferente respecto á la agnacion. —Conviene observar que el hombre hecho esclavo pierde todos sus agnados, todos sus derechos de cognacion, y que no los recupera nunca, aunque sea despues manumitido; porque despues de la manumision empieza una nueva persona y una nueva familia, separada completamente de la antigua persona y de la antigua familia. Lo mismo sucede en el caso de deportacion, á ménos que el deportado no haya sido restituido enteramente.

VII. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum *qui proximiores gradu sunt*, vel, si plures ejusdem gradus sunt, *ad omnes pertinet*.

7. Pero aunque la tutela pertenezca á los agnados, no pertenece á todos igualmente, sino solamente á los que son de *un grado más inmediato*, ó si hay muchos del mismo grado, *pertenece á todos*.

Qui proximiores gradus sunt. Las Doce Tablas, colocando la tutela entre los derechos de familia, y estableciendo una semejanza entre ella y la herencia, la habia deferido á los agnados en el mismo órden que la sucesion, es decir, llamando á los próximos. De

aquí procede esta máxima del derecho romano : *Ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ* (1). En efecto, el heredero presuntivo del pupilo que, si este pupilo llega á morir, debe sucederle en sus bienes, está más interesado que ningun otro en conservarlos y aumentarlos; por otra parte se le suponia más afecto, como el más próximo pariente civil.—Sin embargo, es preciso no dar á la analogía que existia entre la tutela y la herencia demasiada importancia. Así podia suceder que el agnado más próximo fuese heredero presuntivo y no tutor, como, por ejemplo, si fuese un impúbero, un sordo-mudo ó una mujer. Por lo contrario, podia suceder que el agnado más próximo fuese tutor, y no fuese heredero presuntivo, como, por ejemplo, si el padre en su testamento hubiese designado al heredero de su hijo impúbero, como tenía derecho de hacerlo, segun verémos en adelante (2).

Ad omnes pertinet. Así podia haber á un tiempo muchos tutores legítimos, lo mismo que muchos tutores testamentarios.

TITULUS XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Ex eadem lege Duodecim-Tabularum, libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et agnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eosdem et tutores esse jusserit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus ple-

TÍTULO XVII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PATRONOS.

Segun la misma ley de las Doce Tablas, la tutela de los libertos y libertas corresponde á los patronos ó á sus hijos, cuya tutela se llama tambien legítima, no porque se halle establecida en la ley de una manera expresa, sino porque procede de la interpretacion de esta ley, como si hubiese sido introducida por las palabras mismas de ella. En efecto, de que la ley hubiese dado la herencia de los libertos y libertas, muertos abintestato, á los patronos y á sus hijos, han deducido los antiguos que queria aquélla darles tambien la tutela, pues los agnados que llama la herencia son tambien los que quiere para tutores, conforme al principio de que generalmente donde se halla el beneficio de la sucesion, allí debe estar tambien la carga de la tutela. Decimos *generalmente,* porque si es

(1) Inst. 1. 17.

(2) D. 26. 4. 1. § 1. y sig. f. Ulp.—f. 8. Paul.—f. 10. Hermog.—Inst. 2. 16.

rumque, quia si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius si tutor.

una mujer la que manumite á un impúbero, ella es llamada á la herencia y otro ha de ser tutor.

Un esclavo podia ser manumitido impúbero, teniendo necesidad de un tutor. ¿Quién debia serlo? ¿Un tutor testamentario? Pero no podia serlo éste, porque esta clase de tutores sólo se daba por el jefe de familia á las personas sometidas bajo su poder; ¿un agnado? pero el manumitido da en sí principio á una nueva familia y no tiene agnados. Las costumbres lo unian en cierto modo á la casa de su patrono; la ley de las Doce Tablas habia dado á este último y á sus hijos el derecho de familia más importante, el derecho de herencia. Teófilo explica con este objeto el sentido de la ley de las Doce Tablas, aunque no reproduce sus propias expresiones; era consiguiente unir á aquél el derecho de tutela, y esto fué lo que hicieron los prudentes. Así, despues de la manumision es tutor el patrono, y despues de la muerte de éste sus hijos: esta tutela es legítima, porque, segun los términos de Ulpiano, que hemos citado, se llamaban así los tutores que procedian de la ley de las Doce Tablas; ya expresamente, ya por consecuencia, el patrono y sus hijos se hallaban en este último caso.

TITULUS XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

TITULO XVIII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES.

A ejemplo de la tutela de los patronos es recibida otra que se llama tambien legítima; porque si alguno emancipa ántes de su pubertad á su hijo ó á su hija, á su nieto ó á su nieta, habidos de un hijo, y así sucesivamente, será el tutor legítimo de ellos.

El padre de familia no llegaba en otro tiempo á emancipar á su propio hijo, sino acabándose primero su patria potestad por las ventas necesarias, transformándola en *mancipium* por un rescate ó retroventa, y manumitiendo entónces al hijo que tenía, no ya bajo su potestad, sino *in mancipio*.

Respecto de él, no era, rigorosamente hablando, más que un propietario que lo habia manumitido del *mancipium*, y bajo este título tenía derechos de herencia y de tutela.

Mas el impúbero, libre del *mancipium* por la manumision, se hallaba con relacion á la tutela en una posicion semejante á la de un manumitido; porque habiendo salido de su familia y no teniendo ya agnados, no podia tener tutor de esta clase. Hemos visto que el propietario manumitente era asimilado á un patrono, y que por consecuencia de esta semejanza tenía derechos de herencia. Debia tener por consiguiente, y tenía en efecto, la tutela.

Sin embargo, cuando se trataba de mancipaciones no verdaderas, sino ficticias, hechas por el ascendiente ó por el comprador ficticio para llegar á la emancipacion, como sólo habia en esto una ficcion, á que no alcanzaban las previsiones de la ley de las Doce Tablas, la tutela, que era su consecuencia, no se consideraba como *legítima*. Los jurisconsultos romanos le habian dado otra calificacion, sacada de las circunstancias particulares de la especie. En efecto, como en aquellas operaciones ficticias habia siempre una cláusula de fiducia, ya para obligar al que adquiria á manumitir al hijo ó á la mujer que le habian sido mancipados, ya para obligarle á reemanciparlos ó volverlos á emancipar al jefe de familia, á fin de que fuese éste quien lo manumitiese, habian llamado los jurisconsultos *fiduciarias* á las tutelas que eran consecuencia de semejantes manumisiones. Este epíteto de tutor *fiduciario* se aplicaba sin dificultad al que adquiria de un modo ficticio, en el caso en que fuese él el que hubiese hecho manumision. Esto nos lo dice Ulpiano con las palabras siguientes : « *Qui liberum caput mancipatum sibi, vel a parente vel a* (*coemptionatore*) *manumisit, per similitudinem patroni, tutor efficitur..... qui fiduciarius tutor appellatur* » (1).—Gayo es todavía más explícito. Despues de haber hablado de la tutela *legítima*, indica otra, la tutela *fiduciaria*, introducida á ejemplo de la del patrono : «*Exemplo patronorum* (quoque) *fiduciaria* (tutela) *re*(per)*ta* est; *sunt en*(im)..... *fiduciariæ..... pride*(m), *quæ ideo nobis competunt, quia* (liberum) *caput mancipatum nobis vel a parente, vel a coemptionatore manumiserimus* (2).

Pero si la manumision por consecuencia de una remancipacion era hecha en definitiva por el padre de familia, habian creido los jurisconsultos romanos que por deferencia y honor debian asimilar

(1) Ulp. Reg. 11, § 5.
(2) Gay. 1. §§ 166 y 195.

este último á un verdadero patrono y darle la categoría de tutor legítimo: «*Cum is et legitimus tutor habeatur*» dice Gayo; «*vicem legitimi tutoris obtinet*» dice Ulpiano (1). Porque en su cualidad de padre no debia prestársele ménos honor que á los patronos. «*Et non minus huic, quam patronis, honor præstandus est*» (2). Por lo demas, en tiempo de las Instituciones las mancipaciones y la reserva de fiducia se hallaban suprimidas, y la emancipacion estaba sujeta, como sabemos, á formas mucho más sencillas.

TITULUS XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

Est et alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam si parens, filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumisserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. *Quo defuncto*, si liberi virilis sexus ei extant, fiduciarii tutores *filiorum suorum*, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. *Atqui patrono* legitimo, tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores! Quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eorum jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, *si perfectæ sint ætatis*, quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari præcepit.

TÍTULO XIX.

DE LA TUTELA FIDUCIARIA.

Hay todavía otra tutela que se llama fiduciaria: porque cuando un ascendiente emancipa ántes de su pubertad á su hijo ó á su hija, á su nieto ó á su nieta, ú otros, queda revestido de su tutela legítima. *Muerto éste*, y si deja hijos varones, éstos se hacen tutores fiduciarios de los hijos de aquél, ó del hermano ó de la hermana, ó de otros. *Sin embargo, á la muerte del patrono*, tutor legítimo, sus hijos son, como él, tutores legítimos! Esta diferencia procede de que el hijo del difunto, si no hubiese sido emancipado en vida de su padre, á la muerte de éste habria sido *sui juris*, sin pasar bajo la potestad de sus hermanos, y por tanto no está bajo su tutela legítima. Pero el liberto, si hubiese permanecido esclavo, siempre habria estado sometido bajo el mismo título á los hijos del señor, despues de la muerte de este último. Sin embargo, estas personas son llamadas á la tutela *si han llegado á la edad de completa capacidad*, regla que nuestra constitucion ha mandado observar generalmente para todas las tutelas y curatelas.

Quo defuncto. El padre emancipador, tutor del hijo emancipado, muriendo ántes de la pubertad de este hijo, habria podido

(1) D. 26. 4. 3. § 10.
(2) Gay. 1. §§ 172 y 175.

nombrarle un tutor testamentario; y aunque estrictamente no fuese válido semejante nombramiento, sin embargo, se habria confirmado; pero si no lo hubiese hecho, se daba por tutores á aquel hijo las personas que ántes de su mancipacion habian sido sus agnados, los descendientes del jefe emancipador, y entre éstos se escogia al que se hallaba en grado más próximo al emancipado (1). Esta tutela, qué no procedia de las leyes de las Doce Tablas, sino que era consecuencia de mancipaciones ficticias con cláusula de fiducia, se colocaba en la clase de las tutelas fiduciarias.

Filiorum suorum. Teófilo cita aquí ejemplos para hacer ver cómo puede ser uno tutor fiduciario, ya de su hijo, ya de su hermano ó de su sobrino. Nos bastará mencionar uno respecto del hijo. Un abuelo emancipa á su nieto, conservando bajo su potestad al padre de este último; muerto el abuelo, entrará á ser el padre tutor fiduciario de su hijo emancipado.

Atqui patrono. Justiniano se hace esta objecion. Cuando el patrono, tutor legítimo, muere, sus hijos son tutores legítimos; ¿por qué, cuando el padre emancipador, tutor legítimo, muere, sus hijos no son más que tutores fiduciarios? Y á esto responde, por un motivo, que ademas de que nada prueba, no se aplica á todos los casos; porque supongamos que se tratase de un nieto emancipado por su abuelo, permaneciendo en la familia su padre natural; este nieto, si no hubiese sido emancipado, habria pasado, á la muerte del abuelo, á poder de su padre; y sin embargo, este último no es más que un tutor fiduciario. La verdadera razon es que la ley de las Doce Tablas daba al patrono y á sus hijos la herencia del liberto, y por consiguiente la tutela, porque el patrono y los hijos del patrono formaban la única familia civil del liberto; esta tutela era pues, legítima; el padre emancipador habia sido similado á un patrono, y considerado él tambien, por consiguiente, como tutor legítimo; pero sus hijos no eran asimilados á los hijos de un patrono, ni respecto de la herencia, ni por consiguiente respecto de la tutela. La ley de las Doce Tablas no les conferia directa ni indirectamente ningun derecho sobre aquel impúbero, que habia cesado de formar parte de la familia. Su tutela no era, pues, legítima, sino puramente de confianza. Y aunque desde el tiempo de Anas-

---

(1) D. 26. 4. 4. f. Modest.

tasio hubiesen adquirido los hermanos del emancipado derechos de sucesion (1), su tutela no dejó por eso de ser fiduciaria, y no llegó á ser legítima : porque los derechos de herencia, cuando no procedian de la ley de las Doce Tablas, no daban una tutela legítima.

Por lo demas, recordemos una observacion general, cual es que si se toma la expresion de tutela legítima en el sentido más lato, como significando una tutela dada por la ley, la de los agnados del patrono y de sus hijos, del ascendiente emancipador y de los suyos, son todas legítimas; pero si se toma en el sentido especial, como significando una tutela que procede de las Doce Tablas, ya expresamente, ya por consecuencia, entónces los agnados, el patrono y sus hijos son realmente los únicos tutores legítimos, el padre emancipado se les asimila por honor á su cualidad; pero sus hijos no son más que tutores fiduciarios.

Si perfectæ sint ætatis. Esta edad era la de veinticinco años (2). El que era llamado á la tutela por la ley, debia ser capaz de administrarla; si era menor de veinticinco años, furioso ó sordo-mudo, no podia ser tutor (3); y no se hacía lo que respecto de la tutela testamentaria, es decir, no se esperaba á que cesase la incapacidad, sino que inmediatamente se recurria al tutor que la ley llamaba despues de aquél (4).



TITULUS XX.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem romana, a prætore urbano *et majore parte* tribunorum plebis tutor *ex lege Atilia:* in provinciis vero, a præsidibus provinciarum, ex lege Julia et Titia.

TÍTULO XX.

DEL TUTOR ATILIANO Y DEL TUTOR DADO SEGUN LA LEY JULIA Y TICIA.

Si alguno se hallase absolutamente sin tutor, le era dado uno en la ciudad por el pretor urbano, y la *mayor parte de los tribunos* de la plebe, en virtud de la ley *Atilia;* mas en las provincias, por los presidentes de ellas en virtud de la Julia y Ticia.

(1) C. 5. 31. 4.

(2) Ib. 5.

(3) D. 26 4. 10. § 1. f. Herm.

(4) El sistema que acabamos de examinar sobre las tutelas deferidas por la ley es el que existia todavía en tiempo de las Instituciones. Pero despues de la novela de Justiniano, que introdujo (año 554) un nuevo órden de sucesion, en el cual no se consideraba más que el grado de parentesco, sin distinguir los agnados de los cognados, la misma variacion se introdujo en las tutelas, siempre en conformidad del principio de que una debe ser consecuencia de otra. Las mujeres, sin embargo, quedaron siempre incapaces de ser tutoras, á excepcion de la madre y de la abuela (Nov. 108. c. 5).

Llegamos á la tutela dada por los magistrados: los comentadores y los escritores modernos la llaman *tutela dativa.* Esta denominacion se halla hoy generalmente adoptada; sin embargo, no se hallaba sancionada entre los jurisconsultos romanos. Únicamente comparando un fragmento de Ulpiano ya citado: *Legitimos tutores nemo dat; sed lex..... fecit tutores* (1), con estas expresiones frecuentemente empleadas, *testamento datus tutor, tutor datus a præside, a prætore,* se podria inferir que en oposicion á la tutela deferida por la ley, las dos tutelas, la dada por testamento y la dada por el magistrado, eran dativas; pero la expresion de *tutor dativus* que, como ya hemos visto, se aplica especialmente, por Gayo y por Ulpiano al tutor dado por testamento, no se usa del mismo modo para el tutor dado por los magistrados. Este tutor es llamado como aquí en las Instituciones, *tutor Atilianus* (2), por el nombre de la ley *Atilia,* en virtud de la cual se daba; y como esta ley sólo se referia á los tutores dados en la ciudad, se llamaba el tutor dado en las provincias *tutor Juliotitianus*, por el nombre de la ley *Julia* y *Titia,* que de ellos trataba. Teófilo nos indica esta última expresion.

Et majore parte. Eran diez tribunos (*Hist. del der.*, p. 73); deliberaban todos con el pretor acerca del nombramiento de tutor. Este nombramiento sólo tenía lugar cuando á propuesta del pretor se reunia la mayoría de los tribunos, por consiguiente seis por lo ménos, segun dice Teófilo.

Ex lege Atilia. No se sabe su verdadera fecha. Debe corresponder á una época bastante remota, porque debió suceder frecuentemente que algunas personas no tuviesen ni tutor testamentario, ni tutor legítimo; y desde entónces debió conocerse la necesidad de regularizar el nombramiento de un tutor. La ley Atilia existia probablemente el año 557 de Roma, porque hablando Tito Livio de una emancipada que vivia en aquel tiempo, nos dice: «*Post patroni mortem, quid nullius in manu esset, tutore a tribunis et prætore petito.....*» (3). Por esto M. Haubol, en sus *Tablas cronológicas,* principia á indicarla en aquel año como dudosa en cuanto á su fecha. Heinnecio, en sus *Antigüedades romanas,* la pone

(1) D. 26. 4. 5.

(2) *Quid Atilianus tutor vocatur*, dice Gay., 1. § 185; *quos tutores Atilianos appellamus*, dice Ulpian., Reg. 11. § 18; lo mismo Teof. h. p.

(3) Tit. Liv. 39. 9.

en 443, presuncion que sólo se funda en el nombre de un tribuno de aquella época, llamado *Atilius Regulus*. En cuanto á la ley *Julia et Titia* convienen generalmente en que corresponde al tiempo de Julio César Octaviano, año 723 de Roma; sin embargo, Teófilo habla de ésta como de dos leyes distintas : la ley *Julia* y la ley *Titia*, expedidas una despues de otra. Es menester confesar que esta opinion podria con dificultad convenir con los fragmentos de todos los jurisconsultos, que nunca la nombran sino en singular, *lex Julia et Titia*.

El nombramiento de un tutor no se hallaba comprendido en las atribuciones ordinarias de los magistrados; no correspondia ni á la organizacion de un litigio con indicacion del derecho (*jurisdictio*), ni á su poder ejecutivo (*imperium*) (*Hist. del der.*, p. 104). Era cosa reconocida que no tenian facultad de nombrar tutor sino cuando una ley se lo habia especialmente concedido (1). La legislacion experimentó acerca de esta materia muchas variaciones que las Instituciones indican; la primera fué la que establece la ley *Atilia*, de que acabamos de hablar.

I. Sed et si testamento tutor sub conditione, aut die certo, datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item, si pure datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo heres existebat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret.

1. Y áun si el nombramiento del tutor por testamento fuese bajo condicion ó hasta cierto dia, miéntras que la condicion ó el plazo no se cumpliese, se podia dar, segun las mismas leyes, otro tutor interino. Si el nombramiento era puro y simple, era igualmente preciso, miéntras que no hubiese heredero en virtud del nombramiento, pedir, conforme á las mismas leyes, un tutor, que dejaba de serlo apénas se verificaba la condicion, el acto de espirar el plazo ó la existencia de un heredero.

II. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is qui captus erat, in civitatem reversus fuerat; nam, reversus, recipiebat tutelam, jure postliminii.

2. Igualmente, prisionero el tutor por los enemigos, segun las mismas leyes se pedia otro, que dejaba de serlo cuando el prisionero volvia á la ciudad; pues vuelto éste, volvia á recobrar la tutela por derecho de *postliminium*.

Estos dos párrafos reunidos al *principium*, expresan los casos en que tiene lugar la tutela dada por los magistrados, que son los

---

(1) *Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis; sed ei solum competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatus-consultum, vel princeps.* De 26. 1. 6. § 2. f. Ulp.

siguientes : 1.° Cuando no hay absolutamente ningun tutor, ni testamentario ni legítimo (*si cui nullus omnino tutor fuerat*).— 2.° Cuando la tutela testamentaria se halla suspendida ó interrumpida por una causa cualquiera : por ejemplo, cuando el tutor testamentario no debia empezar á ejercer su cargo sino desde un cierto dia, ó despues de verificarse tal condicion; ó cuando el heredero designado por el difunto tardaba en presentarse y en aceptar la herencia; porque hasta su aceptacion, el testamento y todas sus disposiciones se hallaban en suspenso ; ó bien, en fin, cuando el tutor testamentario era hecho prisionero por el enemigo. En todos estos casos el magistrado nombraba entre tanto un tutor, porque miéntras que todavía hay esperanza de tutela testamentaria, no debe recurrirse á la deferida por la ley : «*Sciendum et enim quamdiu testamentaria tutela speratur legitima cessare*» (1). Si la esperanza se realizaba, el tutor nombrado por el magistrado cedia su cargo al tutor testamentario; si la esperanza no se realizaba, lo cedia al tutor llamado por la ley.—3.° Cuando se excusaba de la tutela el tutor testamentario, ó era destituido (2). En este caso, sin embargo, no habia ya esperanza de tutela testamentaria; porque no se habia recurrido á la tutela de los agnados : ¿que se hacía cuando el tutor testamentario habia muerto durante su gestion, y ántes de llegar el pupilo á la pubertad? Ulpiano dice que era porque el tutor se hallaba destituido precisamente para que otro fuese nombrado : «*Nam et hic idcirco abit, ut alius detur*» (3); lo que puede explicarse en el sentido de que siempre que uno se dirigia á los magistrados para que hiciesen cesar al tutor en su encargo, ya admitiendo sus excusas, ya destituyéndole, llevaba esto consigo la consecuencia necesaria de que separado el tutor sólo por la intervencion de la autoridad, debia ser reemplazado por disposicion de la misma autoridad.

III. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt; deinde prætores, ex constitutionibus. Nam supradictis legi-

3. Mas los tutores cesaron de ser dados conforme á estas leyes, despues que los cónsules primeros principiaron á darlos á los pupilos de ambos sexos, en vista de la sumaria practicada; y despues los pretores conforme á las constituciones, por-

(1) D. 26. 2. 11. f. Ulp.
(2) D. 26. 2. 11. §§ 1 y 2. f. Ulp.
(3) D. 26. 2. 11. § 1.

bus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quidquam cavebatur.

que las leyes de que acabamos de hablar no habian nada estatuido, ni sobre la caucion que se debia exigir de los tutores para asegurar los intereses del pupilo, ni sobre los medios de obligar á los tutores á la administracion de la tutela.

Segun Suetonio, en tiempo del emperador Claudio se atribuyó á los cónsules el poder de nombrar tutores (1). En seguida se le quitó á los cónsules y se cometió á los pretores en tiempo de Antonino Pío (2).

IV. Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor *secundum suam jurisdictionem*; in provinciis autem præsides, ex inquisitione tutores crearent; vel magistratus, *jussu præsidum*, si non sint magnæ pupilli facultates.

4. Pero conforme al derecho que usamos, en Roma el prefecto de la ciudad, ó el pretor, segun su jurisdiccion, y en las provincias el presidente, nombran los tutores en virtud de sumaria indagacion, ó bien los magistrados por órden del presidente, si no son grandes los bienes del pupilo.

Suficientemente hemos explicado en la *Historia del derecho* lo que era el prefecto de la ciudad, cuyos poderes no se extendian más allá de un radio de cien millas en derredor de Roma (p. 236) (3). Los pretores (p. 133 y 170), los presidentes de las provincias (p. 175, 235 y 309), y los magistrados particulares de las ciudades (p. 293). No se sabe la época determinada en que se concedió la facultad de nombrar tutores á estas diversas magistraturas; pero ya esta facultad existia en tiempo del emperador Severo, y en tiempo de Ulpiano, Paulo y Trifonio, como lo acreditan diversos fragmentos de estos autores (4).

Secundum suam jurisdictionem. No es decir que el pretor y el prefecto ejerciesen su autoridad en diferente territorio. Se ha visto en la *Historia del derecho* que las atribuciones de cada uno de ellos se extendian á toda la ciudad; y esto no producia ninguna especie de conflicto, pues sus atribuciones eran distintas. Mas desde el momento en que se dió á estos dos magistrados el poder de nombrar cada uno por separado al tutor, fué indispensable, para evitar un conflicto, distribuir entre ellos, sólo para este objeto, ó el ter-

(1) Suet. *In Claud.* c. 23.
(2) Jul. Capitolinus, *M. Anton. vita.* c. 19.
(3) D. 1. 12. § 4. f. Ulp.
(4) D. 26. 5. 3. f. Ulp. — 26. 7. 46. §§ 1 y 6. f. Paul. — 27. 1. 45. § 3. f. Tryph. — C. 5. 34. 5.

ritorio de la ciudad, ó á las personas, segun su calidad, y quizá segun su fortuna. Esta última distribucion de las personas es la que parece indicar Teófilo en estas palabras : «Digo *segun su jurisdiccion*, porque hay algunas personas á las cuales el prefecto y no el pretor puede dar tutores» (1).

Jussu præsidum. El presidente no hubiese podido de su propia autoridad delegar para el nombramiento de tutor á una persona que la ley misma no hubiese declarado capaz de hacer este nombramiento : «*Nec mandate præsidæ alius tutorem dare poterit*» (2); pero los magistrados municipales eran de aquellos que la ley declaraba capaces (3), y el presidente podia, conforme al parecer de aquéllos, nombrar él mismo tutor, ó encargarles este nombramiento; los magistrados debian en este asunto aguardar sus órdenes (4).

V. Nos autem, per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel alias publicas personas, id est magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

5. Pero nosotros, haciendo desaparecer por nuestra constitucion estas dificultades de personas, hemos dispuesto que, sin esperar la órden de los presidentes, cuando los bienes del pupilo no excedan de 500 sólidos, los tutores y curadores serán nombrados por los defensores de las ciudades, conjuntamente con el santo obispo, ó por las otras personas públicas, á saber : los magistrados, ó el juez de Alejandría. La caucion legal debe darse conforme á esta constitucion, es decir, de cuenta y riesgo de los que la reciben.

La variacion introducida por Justiniano consiste en que los magistrados de las ciudades no están obligados á aguardar las órdenes del presidente de la provincia para hacer el nombramiento. —Hemos hablado ya de los defensores de las ciudades (*Hist. del der.*, p. 320), de los obispos (p. 307), del juez de Alejandría (p. 235, en una nota). En resúmen, los tutores, en tiempo de Justiniano, eran nombrados en Constantinopla por los prefectos y el pretor, cada uno segun su jurisdiccion y con sumaria ; en las provincias, cuando los bienes del pupilo no excedian de 500 sóli-

---

(1) Teof. h. p.
(2) D. 26. 5. 8. f. Ulp.
(3) D. 26. 3. 2. f. Ulp.
(4) D. 27. 8. 1. § 2. f. Ulp.

dos (1), eran nombrados por los presidentes en virtud de sumaria; cuando los bienes no excedian de esta suma, los magistrados particulares de las ciudades los nombraban sin averiguacion, pero prestando caucion.—Los tutores nombrados en virtud de sumaria indagacion (*ex inquisitione*) no lo eran hasta despues de una informacion hecha por el magistrado acerca de sus bienes, su rango, sus costumbres, su fidelidad y su capacidad (2). Esta informacion era una garantía para los intereses del pupilo. Los tutores nombrados con caucion estaban obligados á presentar alguno que respondiese de su administracion. Esta especie de fianza era más sencilla y áun más segura que la anterior; pero apénas era aplicable sino á las propiedades de poca consideracion, pues debia ser más difícil hallar personas que quisiesen responder de un gran patrimonio.—Los magistrados podian nombrar más de un tutor á un mismo pupilo; pero no podian someter el nombramiento á un plazo ó á una condicion, porque debian proveer inmediatamente y en su totalidad á los intereses del pupilo (3).

Aquí termina la exposicion de las diversas especies de tutela. «Se ve, por lo dicho, cuántas especies hay; pero si preguntamos cuántos géneros forman, la disputa será prolongada; porque los antiguos han tenido acerca de este punto muchas dudas..... Unos, como Quinto Mucio, cuentan cinco géneros; otros, tres, como Servio Sulpicio; otros, dos, como Labeon; y otros han creido que habia tantos géneros de tutela como especies» (4). Así se explica el mismo Gayo; y no se nos ha ocurrido otra cosa mejor que traducirlo, para dar las verdaderas ideas de los jurisconsultos romanos sobre esta materia. Los comentadores y jurisconsultos modernos han dividido generalmente la tutela en tres géneros: *tutela testamentaria*, *tutela legítima*, y la que llaman *dativa*, segun que se da por testamento, por la ley ó por el magistrado. Las Instituciones parece que distinguen cuatro géneros: la *testamenturia*, la *legítima*, la *fiduciaria*, y la *deferida por los magistrados*.

---

(1) El sólido ó sueldo de oro contenía en oro el peso que contendria una pieza de cerca de 22 francos 50 céntimos. Segun este calculo, 500 sólidos formarian en oro un poco más de 12.000 francos ó 48.000 rs.

(2) Teof. h. t.—D. 26. 5. 21. § 5. f. Modest.

(3) *Sub conditione a præsidibus provinciarum non posse dari tutorem placet* (D. 26. 1. 6. § 1. f. Ulp.).

(4) Gay 1. § 188.

VI. Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

6. Es conforme al derecho natural que los impúberos se hallen en tutela, á fin de que el que no ha llegado á mayor edad sea defendido por otro.

Esta reflexion general sobre la naturaleza de las tutelas está tomada de Gayo (1); ya la hicimos, cuando dijimos que la tutela en su principio se deriva de la razon natural, lo que no se oponia á que sus disposiciones entre los romanos fuesen de derecho civil, y aplicables sólo á los ciudadanos, como las disposiciones relativas á las justas nupcias.

VII. Cum igitur pupillorum, pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

7. Despues que los tutores han administrado los negocios de los pupilos, se les hace dar cuenta despues de la pubertad por la accion de tutela.

No es éste el lugar de ocuparnos en la cuenta que deben dar, y en la accion que corresponde.

47

De la administracion de los tutores.

Hay formalidades que el tutor debe llenar ántes de hacerse cargo de la administracion de los bienes : la primera es que debe prestar fianza de administrar bien (*satisdare rem pupilli salvam fore*), á ménos que sea de aquellos que están dispensados de darlas : volverémos á tratar este asunto más detalladamente. La segunda es que debe, en presencia de personas públicas, hacer inventario de los bienes del pupilo (*repertorium, inventarium*) (2), á ménos que el testador no lo haya expresamente prohibido (3). El tutor debe abstenerse de ejercer ningun acto de administracion ántes de haber llenado estas formalidades, á ménos que no ocurran cosas urgentes que no admitan dilacion (4). Dada la fianza y formado el inventario, debe administrar el tutor, y áun puede ser obligado á ello, siendo por otra parte responsable de los perjuicios que pudiese causar su omision (*suo periculo cessat*) (5).

Mas puede suceder, como hemos visto, que haya muchos tutores : ¿á quienes debe confiarse la administracion? O á uno solo ó á

(1) Gay. 1. § 189.
(2) D. 26. 7. 7. f. Ulp.—C. 5. 37. 24.
(3) C. 5. 51. 13. § 1.
(4) C. 5. 42. f. 1. 3 y 5.—D. 26. 7. 7. p. f. Ulp.
(5) D. 26. 7. 1. § 1. f. Ulp.



todos en comun, ó se distribuirá entre todos. — 1.° *Se confia á uno solo* (y es la mejor determinacion que siempre debe tomarse, como la más favorable al pupilo), cuando se trata de tutores que no están obligados á dar fianza, y hay uno que la da (debe ser preferido á todos los demas); cuando se trata de tutores testamentarios, y el testador ha designado al que debe administrar; á falta de estas dos circunstancias, cuando los tutores por mayoría de votos han encargado la tutela á uno de ellos; y por último, cuando no habiéndolo hecho los tutores, el magistrado mismo designa al que ha de administrar. Los tutores no gerentes se llaman tutores honorarios (*honorarii tutores*); no ejercen actos de gestion, sino que son como inspectores del que administra (*quasi observatores actus ejus et custodes*), y en este concepto son responsables (1).—2.° *Se da á todos en comun*, cuando no quieren consentir en que administre solo el que el magistrado designa. Siendo comun la administracion, lo que cada uno de ellos ejecuta sin fraude es válido; tambien es comun la responsabilidad (2). — 3.° *Se divide entre todos*, por el testador ó por el magistrado, cuando en virtud de su instancia lo juzga éste conveniente. Esta division se hace ó por partes, tomando uno, por ejemplo, tal parte de la administracion y otro cual otra; ó por territorios, tomando uno la administracion de los bienes de tal provincia y otro la de los de otra (*in partes vel in regiones*). En este caso cada uno de ellos sólo administra su parte ó su provincia, sin poder mezclarse en las demas sino en calidad de custodio ó inspector : la responsabilidad de la administracion se halla tambien dividida (3).

Las atribuciones del tutor se extienden á la persona y á los bienes del pupilo.—Respecto de su persona, debe principalmente cuidar de su manutencion y educacion, procediendo en esto en proporcion á sus bienes y á su clase (4). Debe tambien, cuando se trata de determinar el lugar en que el pupilo haya de ser educado, consultar al magistrado (5).—Respecto de los bienes, debe el tutor vender los animales inútiles al pupilo, y las cosas sujetas ó expuestas á experimentar deterioro; en otro tiempo se ponian

(1) D. 26. 7. 3. §§ 1 á 7. f. Ulp.
(2) D. 26. 7. 3. § 8.—27. 3. 1. § 11 y sig. f. Ulp.
(3) D. 26. 7. fr. 3. § 9 y fr. 4.—C. 5. 52. 2.
(4) D. 26. 7. 12. § 3. f. Paul. y 13. p. f. Gay.
(5) C. 5. 49.

en esta clase los objetos muebles y los edificios (1); perseguir á los deudores del pupilo y hacerles pagar: si él mismo fuese deudor del padre del pupilo, debe pagar su deuda (2); administrar todos los bienes, y percibir todas las rentas; depositar en un lugar designado el dinero del pupilo, con objeto de comprar fundos: la suma que debe ponerse en depósito se fija segun las circunstancias; el tutor que no haga el depósito está obligado á abonar los intereses (3); hacer uso del dinero, ya poniéndolo á interes, ya comprando fundos; debe hacerse uso de él en los primeros seis meses del primer año de la tutela, y los años siguientes á los dos meses; despues de este plazo, el tutor debe abonar los intereses al precio corriente en el país; si convirtiese el dinero en provecho suyo, deberá abonar el interes legal que fuese el mayor, el 12 por 100 (*centesimæ usuræ*) (4); pagar á los acreedores del pupilo, y cobrarse él mismo, si es acreedor (5), y defender al pupilo en juicio, ya gestionando, ya defendiendo, ya apelando (6).

En todos estos casos, y en general en toda su administracion, el tutor debe tener todo el cuidado que tendria en sus asuntos propios (*quantam in rebus suis diligentiam*); era responsable, no solamente del fraude que él cometia, sino de sus faltas (*dolum et culpam præstat* (7).

Pero ¿cuál es la naturaleza de sus poderes y de su intervencion? Esto es lo que importa determinar.

Abstengámonos de decir en derecho romano, como se dice en nuestro derecho, que el tutor representa la persona del pupilo en los actos civiles. Segun el derecho primitivo y rigoroso de los romanos, un ciudadano no podia ser representado por otro; él solo podia gestionar en interes propio, y llenar las diversas solemnidades de los actos, ya por sí mismo, ya, en ciertos casos, por las personas sometidas á su poder, porque consideraban que éstas formaban con él una sola y única persona. Sin embargo, con el tiempo se templó este rigor. El principio primitivo se mantuvo siem-

(1) C. 5. 37. 22.—D. 26. 7. f. 5. §§ 9 y 7. § 1.
(2) D. 26. 7. fr. 1. § 4. y fr. 15.
(3) D. 26. 7. fr. 5. p. y 7. § 7.
(4) Ib. fr. 7. §§ 2. 3. 4. 10 y 11.
(5) Ib. fr. 9 § 5.
(6) Ib. fr. 1. §§ 2 y 3.—C. 5. 37. fr. 6 y 11.
(7) D. 27. 3. 1. p.—50. 17. 23. p. f. Ulp.

pre en los actos del derecho civil, que debian ejecutarse por medio de palabras y solemnidades prescriptas; y desde luégo indefectiblemente para los que se hacian en los comicios: el testamento y la adrogacion; de la misma manera para *las acciones de la ley: «nemo alieno nomine lege agere potest»*, dice Ulpiano (1), y para los actos que no eran sino ficcion, como la *in jure cessio*, la *manumision* (2) y la *adopcion*.—En fin, para los que, aunque hechos sin intervencion de la autoridad pública, exigian solemnidades eminentemente civiles; por ejemplo, para la *mancipacion* y para en los casos en que se hacía en ella un uso ficticio, tales como en los casos de *emancipacion* y de testamento *per æs et libram*, por la *estipulacion*, y para su contrario la *aceptilacion* (3), para la *adicion de la herencia*, no sólo la que exigia la pronunciacion de una fórmula sacramental, la *crecion* (4), sino áun para la adicion en general, porque se trataba aquí de consentir en continuar en la asociacion la persona de otro ciudadano (5). En los actos de esta naturaleza no era posible ninguna representacion: cada ciudadano estuvo siempre obligado á obrar por sí mismo. Respecto de los demas actos, como contratos y operaciones del derecho de gentes, fué cosa admitida que se podria confiar el cuidado de ellos á procuradores, y que podrian ser desempeñados por agentes de negocios. Y aunque segun la estricta aplicacion de los principios, el procurador y el agente de negocios no fuesen nunca más que personas que obraban en su propio nombre y en interes de un tercero, obligándose ellos mismos y obligando á los demas, sin embargo, por medio de recíprocas acciones de cuenta, de acciones útiles, de medios indirectos y de interpretaciones várias, segun los casos, se consiguió hacer recaer sobre aquel á quien realmente correspondia el negocio, las ventajas y desventajas de las negociaciones.

Sólo el conocimiento de estos principios generales puede dar claridad y color local á cuanto concierne á la naturaleza de los poderes del tutor en la administracion de los bienes.

En los actos de derecho civil, sometidos á la necesidad de solemnidades y palabras prescriptas, en que cada ciudadano debe comparecer, gestionar y hablar por sí mismo, no puede el tutor re-

(1) D. 50. 17. 123. f. Ulp.—Ulp. Reg. 11. § 24.
(2) Cod. 7. 1. 3 y 7. 2. 6. const. Dioclec. y Maximian.—Dig. 40. 2. 24. f. Paul.
(3) Dig. 46. 4. 13. § 10. f. Ulp.
(4) Gay. 2. 3. 166.
(5) 49. 1. 17. § 1. f. Modest.—29. 2. 90. pr. f. Paul.

presentar al pupilo, pues es preciso que el pupilo intervenga por sí propio. Pero aquí se presentan dos obstáculos : por una parte, si todavía no habla por su corta edad (*infans qui fari non potest* (1), si todavía está mamando, ó hace poco tiempo que ha dejado de mamar, segun dice Teófilo, en cuyo caso, no pudiendo pronunciar las palabras solemnes, hay una imposibilidad absoluta de que se verifiquen tales actos: por otra parte, despues que ha llegado á la edad en que puede físicamente proferir la palabras prescriptas, se presenta otra dificultad : la persona civil que exige el derecho romano para que tengan efecto tales actos, la persona del ciudadano romano púbero, no existe en él todavía. El primer obstáculo no ofrece remedio, permaneciendo en los principios del derecho civil; pero se encuentra uno para el segundo. El tutor se unirá al pupilo que ya no es infante ; aumentará, completará con su presencia y cooperacion la persona incompleta del impúbero; adjunto á él hará que aparezca aquella personalidad civil que el derecho romano exige para los actos solemnes; el impúbero pronunciará las palabras solemnes del acto, y el tutor pronunciará aquellas por medio de las cuales se presenta aumentando y completando la persona del pupilo (*auctor fit*, *auctoritatem præstat*), y dice que de este modo tendrá cumplimiento y validez el acto civil. Véase por qué se da el tutor, no á los bienes ni á los negocios, sino á la persona : «*Personæ, non rei vel causæ datur*» (2).

Todo esto se aplica á los actos en que el pupilo debe intervenir él mismo. Se halla imposibilitado de hacerlo miéntras es *infans*, puede hacerlo cuando ya no es *infans*, pero aumentando y completando su persona con la cooperacion del tutor.

Respecto de los demas actos, ya sea *infans* el pupilo, ya no lo sea, el tutor puede realizarlos por sí solo, obrando entónces como agente de negocios. Véase por qué se dice que los tutores intervienen de dos maneras en los negocios del pupilo: ya desempeñando los negocios (*negotia gerere*), ya interponiendo su autorizacion (*auctor fieri*, *auctoritatem interponere*). «*Pupillorum pupillarumque tutores*, dice Ulpiano, *et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt* » (3). Miéntras que el pupilo es *infans*, no puede hacer más el tutor que desempeñar los negocios; desde que el pupilo ya

(1) Dig. 26. 7. 1. § 2. f. Ulp.
(2) Dig. 26. 2. 14. f. Marc.
(3) Ulp. Reg. 11. § 25.

no es *infans*, interpone su *auctoritas* en los casos que exigen absolutamente la presencia del pupilo. En todos los demas puede el tutor, ó proceder por sí mismo, ó autorizar al pupilo. Las consecuencias de la gestion, tanto en lo activo cuanto en lo pasivo, recaian sobre el pupilo por diversos medios, directos ó indirectos, segun el caso (1).

En tiempo de Justiniano muchos de estos actos solemnes desaparecieron ó fueron modificados. En algunos se templó el rigor que á ellos ponia un obstáculo, miéntras que el pupilo fuese *infans*. Así hacía mucho tiempo que era cosa establecida que el tutor podia litigar por el pupilo (2); así Teodosio y Valentiniano le permitieron que hiciese adicion de herencia en nombre del *infans*. Pero en otros actos, como la adrogacion, la manumision, la estipulacion y la aceptilacion, era siempre precisa la intervencion del pupilo.

Algunas palabras añadirémos por conclusion acerca de la capacidad de los impúberos.

Se sabe por lo que hemos ya dicho sobre la edad de las personas en general (*General. del der. rom.*, pág. 54), que la edad de los impúberos habia sido dividida en dos períodos distintos: 1.º La de infancia, período indeterminado, que apénas comprende más que los dos primeros años de la vida, en los que el infante no habla todavía; 2.º, el período que sigue á la infancia, es decir, desde el momento en que aparece la facultad de hablar, hasta la pubertad. Mas el materialismo de esta division del antiguo derecho romano, cuya division se funda en un fenómeno puramente físico, como es la palabra, fué corregida por nuevas disposiciones de la jurisprudencia. Los juriconsultos, en lugar de considerar la palabra solamente, tomaron en consideracion la inteligencia (*intellectus*) y el juicio (*judicium*). Observaron que desde el momento en que el niño puede hablar no tiene la inteligencia de los negocios importantes de los actos del derecho. El impúbero de tres años ó de cuatro podrá pronunciar las palabras de una *mancipatio*, de una *in jure cessio;* pero ¿entenderá lo que se verifica en estos actos?

---

(1) Dig. 26. 10. *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.* Véase principalmente los fr. 2, 4 á 8.—Cod. 5. 39 del mismo asunto, 2 y 4.

(2) Inst. 4. 10. princ. El tutor podia ó tomar él mismo la causa (*suscipere judicium*), ó hacerla tomar al pupilo, si no era *infans*, presentándose como *auctor* (Dig. 26. 7. 1. § 2. fr. Ulp.). Era una regla general en el procedimiento por fórmulas que se pudiese pleitear por procurador. Gay. explica las consecuencias: 4. § 82 y sig.

Hay tambien una época de la vida en que la inteligencia de estos asuntos puede llegarse á alcanzar, pero en la que no se halla todavía suficientemente desenvuelto el juicio necesario para apreciarlos y para pesar las ventajas y los perjuicios de que son capaces. Un impúbero de nueve ó diez años que interviene en una *mancipatio* ó en una *in jure cessio*, puede comprender lo que se trata en éstos ; pero ¿tendrá suficiente juicio para apreciarlos y para juzgar si le son ventajosos ó no?—Segun estas consideraciones, los jurisconsultos romanos subdividieron en dos partes el período posterior á la infancia, y se pusieron á distinguir si el impúbero se hallaba (*infanti proximus*) más próximo á la infancia ó á la pubertad (*pubertati proximus*) : subdivision intermedia, cuyo punto de interseccion no estaba determinado de una manera precisa, pues los dos términos á que servia de medio no lo estaban ellos tampoco, aunque la opinion general propendia á fijarla á los siete años cumplidos : « *En el séptimo ú octavo año* », dice Teófilo (1). Esto supuesto, el impúbero, ya *infans*, ya *infanti proximus*, fué considerado por los jurisconsultos romanos como que no tenía ninguna inteligencia de los actos de derecho (*nullum intellectum*) ; y bajo este aspecto casi asimilado á un loco : « *Infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso differt, quia hujus ætatis pupilli nullum intellectum habent* », dice Gayo (2). Por el contrario, el impúbero más próximo á la pubertad que á la infancia (*pubertati proximus*), es decir, de poco más de siete años, fué considerado como que ya tenía alguna inteligencia de negocios formales : « *Jam aliquem intellectum habent* », dicen los mismos textos (3); pero les falta el juicio entero y cabal (*animi judicium*, *plenum animi judicium*), que es necesario para apreciar las ventajas ó perjuicios que puedan resultar de los negocios. Este *Plenum animi judicium* sólo existe, segun la jurisprudencia romana, en la pubertad (4).—Segun esto, el *infans* que todavía no pue-

---

(1) « Pupillorum enim alii sunt *infantes*, veluti qui adhuc lactant, aut his paulo maiores; alii dicuntur *proximi infanti*, ut qui recte loqui incipiunt : alii sunt *proximi pubertati*. Et infans quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui proximus infanti est : qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim, quamvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest, quid sibi velint ea quæ dicuntur. » (Teóf. Inst. 3. 9. § 10.)

(2) Gay. 3. § 109.—Inst. de Justiniano, 3. 19. § 10.

(3) Ib.

(4) «Impubes, licet sui juris sit, facere testamentum non potest; quoniam nondum *plenum judicium animi* habet.» (Ulp. Reg. 20. § 12.)

de hablar, y el *infanti proximus*, que, aunque pueda proferir palabras, no tiene todavía inteligencia en los actos del derecho, serán incapaces, á juicio de los jurisconsultos romanos, de presentarse como actores, ya solos, ya con autorizacion del tutor, en actos de derecho; los que ejecuten no podrán considerarse como actos formales; serán absolutamente considerados como no verificados, tanto respecto del *infans* ó del *infanti proximus*, cuanto respecto de un tercero. En todo este intervalo será preciso, pues, que el tutor desempeñe los negocios. Sin embargo, para ciertos actos civiles que no podian tener lugar sin la cooperacion personal del impúbero, como, por ejemplo, la adquisicion de una herencia; ó que eran de un interes manifiesto suyo, como, por ejemplo, la estipulacion, se permitió al *infanti proximus* una interpretacion más favorable (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*), de acuerdo por lo demas con el derecho primitivo, que interviniese y obrase individualmente, ya con la *auctoritas tutoris*, ya áun solo, segun los casos, por sólo el hecho de poder pronunciar mecánicamente las fórmulas prescriptas (1). —En cuanto al impúbero (*pubertati proximus*), podia el tutor en todos los casos hacerle intervenir personalmente, y limitarse á prestarle su *auctoritas*, pues este impúbero puede, no sólo hablar, sino áun comprender lo que hace. Hay más; siempre que un acto no exija más en el agente que la inteligencia de lo que hace (*aliquem intellectum*), el impúbero, *pubertati proximus*, podrá realizarlo solo y sin autorizacion del tutor, porque tiene ya inteligencia; pero cuando el acto exige un juicio (*animi judicium*), áun el pupilo *pubertati proximus*, si obra éste sin la autorizacion de su tutor, se reputará que no tiene ninguna voluntad ni en pro ni en contra, porque no puede juzgar: «*Quoniam nondum plenum judicium animi habet*» (2).

TITULUS XXI. / TÍTULO XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM. / DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

Las palabras especialmente usadas en esta materia, como *auctoritas* y *auctor*, no se traducen bien por las palabras generales *au-*

(1) Dig. 29. 2. *De acquir. hered.* 9. fr. Paul.—44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. fr. Gay.—45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. fr. Gay.—46. 6. *Rem. pupill. salv. fore.* 6. fr. Gay.—En fin, Gay. 3. § 109.

(2) «Pupillus nec velle nec nolle in ea ætate, nisi adposita tutoris auctoritate creditur; nam quod *animi judicio* fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est.» (Dig. 50. 17. *De reg. jur.* 189. fr. Cels.)

torizacion, autorizante; la palabra exacta falta en nuestra lengua (1). Cuando el pupilo salido de la infancia tenía necesidad de gestionar ó de verificar algun acto, acabamos de ver que para presentar aquella personalidad civil, necesaria al acto, y que en él se hallaba incompleta, era indispensable que fuese acompañado del tutor y adjunto á él. Con su presencia y cooperacion en el acto aumentaba la personalidad del pupilo : *augebat*, aumentaba ; *auctor fiebat*, se hacía *aumentante*, y esta accion del tutor es la que se designa con la palabra *auctoritas :* se ve que no expresa una simple autorizacion, ni ménos una ratificacion, sino más bien una participacion activa del tutor en el acto (2). Por lo demas, esta participacion activa, que tenía por objeto aumentar en cierto modo una personalidad incompleta (*auctoritas*), esta cualidad de auxiliar aumentante (*auctor*), eran propias de la tutela solamente, y no se hallaban en ninguna otra parte. Nuestras palabras *autorizacion*, *autorizante*, no expresan, como se ve, nada de esto.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis neccessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria; ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auc-

La autoridad del tutor en ciertos actos es necesaria á los pupilos, y en otros no : por ejemplo, no es necesaria cuando estipulan que se les ha de dar alguna cosa, y es necesaria si los pupilos prometen á otros. Se ha establecido que pueden sin la *autorizacion* del tutor mejorar su condicion, aunque necesitan de aquélla para hacerla peor. De don-

(1) Las palabras latinas *auctoritas* y *auctor* hemos creido que en este lugar debian traducirse por sus correspondientes *autoridad* y *autor*, ya porque son las que en nuestra lengua tienen más analogía con las latinas á que se refieren, ya porque, aunque demasiado generales, comprenden todas las circunstancias que el autor indica ; pues la palabra *autoridad* expresa en nuestra lengua *potestad* ó *facultad*, y el tutor por derecho romano la tenía para, por medio de su presencia y cooperacion, aumentar y completar la personalidad del pupilo, dando á éste cuanto le faltaba para que el acto fuese válido, como lo era por la *autorizacion* que á este último prestaba en virtud de su *autoridad*. En nuestro juicio, y como ya hemos dicho, *auctoritas* era la *facultad* ó *potestad* de los tutores, cuyo ejercicio puede expresarse en nuestra lengua por la palabra *autorizacion*. En virtud de ésta puede decirse sin violencia que el tutor, no sólo prestaba á cualquier acto jurídico una simple autorizacion ó una ratificacion, sino que en él tomaba toda la parte necesaria para aumentar en el pupilo lo que le faltaba de personalidad para que el acto fuese válido. Toda esta cooperacion del tutor, determinada por el derecho, puede comprenderse en la palabra *autoridad*, que de ningun modo debe confundirse con autorizacion. Debemos tambien observar que en nuestro lenguaje antiguo se llama *autor* al que hoy se dice *actor* en los pleitos, y que tambien se entiende por *autor* aquel por cuya autoridad, imperio ú obra se ejecuta alguna cosa. Sin embargo, hemos preferido la palabra *actor*, porque, ademas de ser jurídica, expresa, á nuestro juicio, en el caso presente, toda la cooperacion ó participacion que se exigía por el derecho al tutor, acompañando, auxiliando y siendo adjunto de su pupilo en los actos jurídicos. (N. del T.)

(2) D. 26. 8. 9. § 5. f. Gay.—Inst. h. t. § 2.

toritate; deteriorem vero, non aliter quam tutoris auctoritate. Unde, in his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli *non obligantur*.

de se deduce que en aquellos actos de que proceden mútuas obligaciones, como en compras, ventas, arrendamientos, mandatos y depósitos, si no interviene la *autoridad* del tutor, los que contratan con los pupilos quedan obligados, pero no los pupilos.

Estas diversas expresiones de que los impúberos pueden sin autorizacion del tutor mejorar su condicion, pero no hacerla peor; obligar á los demas con respecto á sí mismos, pero no obligarse con respecto á los demas (1); estipular, pero no prometer; todas estas expresiones están muy léjos de ser sinónimas, pero expresan reglas que son consecuencia una de otra. La más general es la primera: los pupilos pueden sin autorizacion de su tutor mejorar su condicion; en efecto, tales actos sólo exigen la inteligencia de lo que hacen (*aliquem intellectum*); pero no empeorarla; necesitan en efecto de un juicio (*animi judicium*) para poder juzgar si la pérdida ó el perjuicio se halla suficientemente compensado por alguna ventaja ó beneficio. Este es el principio fundamental; los demas son una consecuencia de él, y es lo que indica el texto mismo. Así los pupilos pueden recibir un objeto que se les da, aceptar la remision ó perdon de una deuda, porque esto es evidentemente mejorar su condicion, bastándoles para la validez de estos actos tener inteligencia de lo que hacen, pero no pueden enajenar lo que les pertenece, perdonar una deuda, pagar á un acreedor, porque esto es empeorar su condicion, y porque para ello sería preciso un juicio capaz de pesar en un mismo peso el perjuicio que estos actos les hagan experimentar con el beneficio que puedan proporcionarles. De aquí procede tambien la segunda regla: pueden obligar á los demas, porque el que impone á otro la obligacion de dar, de hacer ó de no hacer alguna cosa, mejora evidentemente su condicion: para la validez del acto le basta tener inteligencia de lo que hace; pero no puede obligarse, porque el que contrae con alguno la obligacion de dar, de hacer ó de no hacer empeora su condicion, y aunque su obligacion no sea más que el precio de una ventaja que se le haya proporcionado, se necesita suficiente juicio para poder comparar y apreciar debidamente los

(1) Inst. 3. 19. § 9.

perjuicios y las ventajas. De aquí procede la tercera regla: pueden estipular, porque esto no es más que una forma especial de obligar á los demas; pero no pueden prometer, porque esto consiste en una forma especial de obligarse.

Non obligantur. Los contratos indicados en este lugar se descomponen en dos actos: por un lado, acto de una de las partes que se obliga al pupilo; por otro lado, acto del pupilo que se obliga á la otra parte. En el primer acto aparece el pupilo como persona á quien uno se obliga, y que se hace de mejor condicion; para hacer lo que debe, le basta tener inteligencia de lo que hace (*aliquem intellectum*); este acto es, pues, válido. En el segundo se presenta el pupilo como queriendo obligarse y hacerse de peor condicion; lo que exige un juicio (*animi judicium*) que compare y aprecie la obligacion que va á contraer, y la que ha contraido otro en su favor, de cuyo juicio no puede ser capaz; se juzga, pues, que no ha tenido ninguna voluntad en tal acto, ni en pro ni en contra, y su obligacion queda nula, y se considera como si no hubiese existido. —No debe creerse, sin embargo, que el pupilo no se halla sometido á ninguna obligacion. Se aplica en su favor esta regla: que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro: «*Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*» (1). Por consiguiente, si obtiene algun beneficio del contrato, queda obligado hasta donde llega dicho beneficio (*in quantum locupletior factus est*) (2). Si ha vendido algun objeto, no tendrá obligacion de entregarlo; si lo ha entregado, podrá su tutor recobrarlo por vindicacion; pero si ha recibido el precio de él, deberá devolver todo el dinero que no haya extraviado ó locamente perdido, en una palabra, lo que haya conservado; del mismo modo, si el pupilo ha recibido un mandato ó un depósito, no puede ser perseguido en juicio porque haya desempeñado mal el mandato, custodiado mal el depósito, ó perdido las cosas correspondientes al mandante ó al depositante; pero debe devolver cuanto haya conservado, y que no pueda retener sin enriquecerse con perjuicio de otro. En cuanto á los que hayan contratado con el pupilo, se hallan completamente obligados; si han comprado, vendido, confiado un mandato ó un depósito, puede el tutor obligarlos á que pa-

(1) D. 50. 17. 206. f. Pomp.
(2) D. 26. 8. 5. § 1. f. Ulp.

guen el precio convenido, á entregar la cosa vendida, y á indemnizar al pupilo de los gastos que le hayan causado el mandato ó el depósito.

I. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis illis lucrosa sit, neque ullum damnum habeant.

1. No pueden, sin embargo, sin autorizacion del tutor, ni añadir la herencia, ni pedir posesion de bienes, ni recibir una herencia por fideicomiso, aunque sea lucrativa y no pueda causarles ningun perjuicio.

La herencia es la sucesion deferida por el derecho civil; *hereditatem adire*, significa aceptar la herencia (*ire ad hereditatem*).— La posesion de los bienes es un derecho concedido por el pretor sobre una herencia; es en cierto modo una sucesion pretoriana (*Hist. del der.*, p. 227).—La herencia fideicomisaria es aquella que se recibe de una persona interpuesta, á quien el testador ha encargado que haga esta trasmision (*Hist. del der.*, p. 257).—El pupilo no puede adquirir ninguna de estas sucesiones sin autorizacion del tutor, porque su adquisicion lo obligaria á pagar las deudas del difunto (1), pues no puede obligarse solo. Tal es la razon sencilla que se deriva del principio fundamental, y que Ulpiano explica expresamente en estos términos: «*More nostræ civitatis neque pupillus, neque pupilla, sine tutoris auctoritate obligari possum: hereditas autem quin obliget nos æri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est*» (2). Sin embargo, no sucedia lo mismo respecto de la herencia como respecto de los contratos de que hemos hablado en el párrafo anterior; habia dos diferencias notables, que no es posible dejar de señalar: 1.º La adicion de la herencia se hallaba en el número de aquellos actos que no podian verificarse por medio de procurador (3); la persona interesada debia obrar por sí misma. Así el tutor no podia hacer aquélla solo y sin intervencion del pupilo. De este principio procedia la consecuencia rigorosa de que, miéntras que este último fuese *infans*, le era imposible adquirir una sucesion, pues no pudiendo proferir ninguna palabra, no podia hacer adicion, y el tutor no podia ha-

(1) Aunque haya diferencia entre uno y otro caso en la naturaleza y orígen histórico de esta obligacion relativa á las deudas. V. Inst. 2. 22. §§ 3. 4 y sig.
(2) D. 29. 2. 8. f. Ulp.
(3) Ib. 90. f. Paul.

cerlo sin él. Sin embargo, Teodosio y Valentiniano dieron en una constitucion al tutor, para este caso, la facultad de aceptar la sucesion en nombre del pupilo (1). Pero desde que ya el pupilo no era *infans*, es decir, desde que podia hablar, tenía aplicacion la regla ordinaria, y la adicion sólo podia hacerse por él mismo, con autorizacion de su tutor (2); y para este caso le concedia la jurisprudencia el derecho de obrar, aunque todavía se hallase muy próximo á la infancia: «*Pupillus si fari possit, licet hujus ætati sit ut causam adquirendæ hereditatis non intelligat..... tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest; hoc enim favorabiliter ei præstatur*» (3). 2.° La segunda diferencia consiste en que si el pupilo acepta sin autorizacion de su tutor, su aceptacion es esencialmente nula, de tal modo que ni áun se considera válida en interes del pupilo, cuando la herencia es ventajosa y no presenta el menor quebranto. Esta disposicion particular de la herencia puede á primera vista parecer en oposicion con lo que se verifica en los contratos hechos por el pupilo; y sin embargo, se halla completamente en armonía y procede de los mismos principios. En efecto, si los contratos, como los de venta, arrendamiento, etc., son válidos en interes del pupilo, consiste en que ademas de la voluntad de este último, son tambien el resultado de la voluntad de otra persona, y se componen de dos actos: uno para el cual basta al pupilo tener *aliquem intellectum*, y este acto es válido; y el otro, para el cual sería necesario al pupilo el *animi judicium*, es nulo. Pero en la aceptacion de la herencia no hay más que un solo acto, resultado de la sola voluntad, de la sola eleccion del heredero. Para esta eleccion no basta tener inteligencia de lo que se hace; es necesario un juicio capaz de pesar los beneficios y las cargas de la herencia. Y siendo capaz el pupilo de formar este juicio, se reputa, miéntras que no procede con autorizacion de su tutor, que no tiene ninguna voluntad ni en pro ni en contra de la aceptacion; y pues que este acto se refiere absolutamente á su voluntad, procede la consecuencia rigorosa de que el acto debe ser completamente nulo.

II. Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimave-

2. Mas el tutor, presente al mismo acto, debe al instante hacerse actor, si juzgase que esto fuese pro-

(1) C. 6. 30. 18. § 2.
(2) Ib. c. 5.
(3) D. 29. 2. 9. f. Paul.

rit. Post tempus vero, vel per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

vechoso al pupilo. Mas si despues de algun tiempo, ó por carta, interpusiese su autoridad, se considera que nada ha hecho.

Ya hemos dicho que la incapacidad del pupilo lo habia hecho considerar como fuera de estado de obrar por sí solo en los actos que exigiesen no sólo la inteligencia, sino áun un juicio particular; que para estos actos no tenía más que una personalidad en cierto modo imperfecta, que necesitaba aumentarse y completarse, lo que hacía el tutor interponiendo su *auctoritas*. De aquí resulta que este aumento ó complemento (*auctoritas*) no podia ménos de ser una participacion activa del tutor en el acto, y no una aprobacion dada ántes, y áun ménos una rectificacion dada despues. El tutor era parte en el contrato; declaraba que se presentaba como *actor;* hacía esta declaracion en vista de la interrogacion que comunmente se le dirigia (*auctorne fis?—auctor fio*); pero podia hacerla tambien sin ser interrogado (1). No podia poner ninguna condicion á su autorizacion, que debia darla pura y simple (2). No teniendo los tutores honorarios por la administracion de los negocios, no podian válidamente constituirse actores (3), á no ser para la aceptacion de la herencia (4), porque bastaba para este acto poder apreciar la herencia en sí misma, lo que no exigia el conocimiento de los demas negocios del pupilo.

III. Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætoris tutor, ut olim constituitur; sed curator in locum ejus datur, quo interveniente, judicium peragitur, et, eo peracto, curator esse desinit.

3. Si entre el tutor y el pupilo se promueve un juicio, no pudiendo el tutor *ser actor contra sí mismo* (5), no se nombra como en otro tiempo un tutor pretoriano, sino, en su lugar, un curador que interviene en el juicio, y que terminado éste, deja de ser curador.

Es preciso notar esta máxima: *Tutor in rem suam auctor esse non potest*. El tutor, en efecto, en ningun acto ni en ningun negocio que ocurra entre él y el pupilo puede intervenir, represen-

(1) D. 26. 8. 3. f. Paul.
(2) Ib. 8. f. Ulp.
(3) Ib. 4. f. Pomp.
(4) D. 29. 2. 49. f. Afric.
(5) Como podrán observar algunos curiosos, hemos seguido en la traduccion de la Instituta de Justiniano el texto mismo latino, aunque no hayamos dejado de consultar la traduccion francesa de Mr. Ortolan, de cuya opinion nos hemos separado, aunque nunca en ninguna idea esencial. (N. del T.)

tando á un mismo tiempo á las dos partes, litigando por un lado contra el pupilo, y por otro en favor de éste y contra sí mismo.— En otro tiempo no podia el pupilo ser representado en juicio por otras personas, sino por su tutor (1); de lo que se deducia que si se suscitaba algun litigio entre el pupilo y su tutor, era absolutamente preciso para este litigio darle otro tutor. Se introdujo este uso, y este tutor fué llamado *tutor prætorius, prætorianus,* porque era nombrado por el pretor de la ciudad (2). Era ésta una excepcion de la regla de que los tutores no podian darse para un negocio especial. Despues de suprimidas las acciones de la ley (*Hist. del der.*, p. 181), se hizo ménos necesaria esta formalidad, porque en la mayor parte de los casos se pudo proceder por medio de procurador (3). Era completamente inútil en tiempo de Justiniano, porque hacía ya mucho tiempo que se hallaba simplificada la forma de los procedimientos. Véase por qué se da aquí á este representante del pupilo la denominacion de curador, y no la de tutor; modificacion que introdujo alguna diferencia en las acciones que tienen por objeto obligarles á dar cuenta.

TITULUS XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

TÍTULO XXII.

DE QUÉ MODO SE ACABA LA TUTELA.

A veces la tutela acaba por parte del pupilo, y acabándose tambien entónces por parte del tutor, queda enteramente terminada; á veces cesa sólo por el tutor, que es reemplazado por otro, y entónces, con relacion al pupilo que permanece siempre bajo tutela, hay variacion de tutor, pero no terminacion de la tutela.

Pupilli pupillæque cum puberes esse cœperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum, bene putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem ha-

Los pupilos y pupilas, cuando entran en la pubertad, salen de la tutela. Mas los antiguos graduaban la pubertad en los varones, no sólo por la edad, sino áun por el desarrollo del cuerpo. Mas nuestra majestad ha juzgado digno de la decencia de nuestros tiempos que un acto considerado por los antiguos como contrario al pudor, respecto de las mu-

(1) Gay. 4. § 82.—Inst. 4. 10. p.
(2) Ulp. 1. § 184.—Ulp. Reg. 11. § 24.
(3) G. Ibid.

bitudinis corporis, hoc etiam in masculo extendere. Et ideo, sancta constitutione promulgata; pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus; antiquitatis normam in feminis personis bene positam, suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viri-potentes esse credantur.

jeres, esto es, el exámen del estado del cuerpo, fuese tambien reprobado respecto de los varones. Y por tanto, por una santa constitucion que hemos promulgado, se establece que la pubertad en los varones debe principiar á los catorce años cumplidos; dejando sin alteracion la regla establecida por la antigüedad, de que las hembras pueden ser reputadas como núbiles despues de cumplidos los doce años.

El varon púbero es el que puede engendrar (*qui generare potest*) (1); la mujer púbera ó núbil es la que puede concebir (*viripotens*). La pubertad es, pues, para los dos sexos el estado en que pueden unirse el uno al otro. Este estado depende del desarrollo físico del cuerpo; á él llegan ántes las mujeres que los hombres. Generalmente principia en un mismo país con muy corta diferencia en todas las personas de un mismo sexo casi á la misma edad: sin embargo, puede haber mayor precocidad en una que en otra persona; pero la naturaleza la indica en cada individuo, y lo exterior del mismo cuerpo lo da á conocer: éste es el indicio más natural. La ley civil debia necesariamente unir á la pubertad la capacidad de casarse; y esto es lo que hizo, como ya hemos dicho. Pero ademas le añadió aún respecto de los hombres: 1.° La capacidad de gobernarse á sí mismo y sus bienes, y por consiguiente el término de la tutela: 2.° La capacidad de hacer testamento (2). Decimos respecto de los hombres, porque las mujeres se hallaban sometidas en los primitivos tiempos á una tutela perpétua; es verdad que esta tutela vino á caer en desuso, y que las mujeres adquirieron entónces al entrar en la pubertad los mismos derechos que los hombres.—En cuanto á la época de la pubertad, la habia fijado el derecho civil á los doce años cumplidos para las mujeres, dejando para los hombres el indicio general de las señales exteriores del cuerpo. En tiempo del imperio los jurisconsultos Proculeyanos de la escuela de Labeon y de Próculo (*Hist. del der.*, p. 247) juzgaron que era preciso designar para los hombres, como se habia hecho para las mujeres, una época fija en que fuesen reputados púberos, y que esta época debia ser la

(1) Gay. 1. § 196.—Ulp. Reg. 11. § 28.
(2) Ulp. Reg. 20. §§ 12 y 15.

de los catorce años; los Cassianos, discípulos de Capiton y de Cassio, persistieron, por el contrario, en querer conservar el antiguo derecho (1). Parece que con respecto á la capacidad de testar, se convino generalmente en adoptar el término fijo de catorce años (2); pero en los demas puntos continuó la diferencia de opiniones, que no desapareció completamente hasta el tiempo de Justiniano, que la destruyó en una constitucion aquí citada (3). Por consiguiente, bajo este emperador los hombres á los catorce años y las mujeres á los doce eran capaces de casarse, quedaban libres de la tutela, y podian hacer testamento.

I. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati; item, si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.

1. Acaba la tutela si los pupilos, áun impúberos, son adrogados ó deportados; tambien si son reducidos á esclavitud, ó hechos prisioneros por los enemigos.

Estos casos comprenden las tres disminuciones de cabeza del pupilo; como deja de ser libre, ó ciudadano, ó *sui juris*, no puede ya tener tutor. ¿Pero podia un impúbero ser deportado ó hecho esclavo? Sí, el *proximus pubertatis* podia ser condenado, como que habia obrado con conocimiento de su crímen (*doli capax*) (4). Podia ser hecho esclavo, no por haberse dejado vender, pena impuesta sólo para el mayor de veinticinco años, sino por haber sido ingrato con su patrono.

II. Sed et si usque ad certam conditionem datus sit in testamento, æque evenit ut desinat esse tutor existente conditione.

2. Mas si alguno ha sido nombrado tutor por testamento bajo cierta condicion, deja de serlo verificada que sea la condicion.

Si la tutela testamentaria hubiese sido dada *sub conditione* y no *ad conditionem*, el cumplimiento de la condicion, en vez de hacer cesar la tutela testamentaria, la haria principiar; pero pondria fin á la tutela deferida por el magistrado.

III. Simili modo, finitur tutela morte vel pupillorum, vel tutorum.

3. Del mismo modo concluye la tutela por muerte de los pupilos ó de los tutores.

---

(1) Gay. 1. § 196.—Ulp. Reg. 11. § 28.
(2) Gay. 2. § 113.
(3) C. 5. 60. 3.
(4) Cód. 9. 47. *De pœnis*, 7. const. Alex. Sever. relativa al verdadero derecho criminal.—D. 50. 17. 111. fr. Gay., especial á las acciones penales privadas.

IV. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, *legitima tantum* tutela perit, cæteræ non pereunt. Sed pupilli et pupillæ capitis deminutio, *licet minima* sit, omnes tutelas tollit.

4. Y áun la disminucion de cabeza del tutor, por la que se pierde la libertad ó la ciudad, hace que perezca toda tutela. Mas la disminucion mínima de cabeza, como si se diese en adopcion, sólo hace perecer la *tutela legítima*, pero no las demas. Mas la disminucion de cabeza del pupilo ó de la pupila, aunque sea la mínima, pone término á todas las tutelas.

Legitima tantum. Porque siendo la tutela legítima de los agnados la única que se halla unida á los derechos de familia, debe tambien ser la única que acabe con la pérdida de estos derechos.

Licet minima. Porque el pupilo deja de ser *sui juris*, y pasa á poder del adrogante.

V. Præterea, quid ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

5. Ademas, los tutores dados en testamento hasta un tiempo determinado, concluido éste, dejan la tutela.

Aplíquese á esto lo que hemos dicho al § 2.

VI. Desinunt etiam tutores esse qui vel removentur a tutela ob id quod suspecti visi sunt; vel qui ex justa causa sese excusant, et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea quæ inferius proponemus.

6. Los tutores cesan de serlo, porque ó son removidos de la tutela, por haber sido reputados como sospechosos, ó porque en virtud de una justa causa se excusan y dejan la carga de la administracion, segun lo que expondrémos en adelante.

De la tutela de las mujeres.

Las Instituciones ni áun indican esta parte de la legislacion primitiva de Roma; nos era desconocida en sus detalles, cuando el descubrimiento de la Instituta de Gayo disipó en parte nuestra ignorancia. Faltaria yo al plan de esta obra si omitiese exponer en sus principales partes las ideas absolutamente nuevas que he adquirido acerca de esta materia.

Habian querido los antiguos romanos que las mujeres, á causa de la debilidad de su sexo, ó más bien por consecuencia de la constitucion política de la familia y de los derechos de agnacion, estuviesen sometidas á una perpétua tutela. Esto era lo que nos enseñaban muchos autores, como Ulpiano y Tito Livio (1), y lo

(1) *Et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam.* Ulp. Reg. 11, 1.— Tit. Liv. 32. 2.—Cic. *Pro. Mur.* 12. 27.

que dice tambien Gayo en estos términos : « *Veteres voluerunt feminas etiam si perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse* » (1).

Su tutela, como la de los impúberos, no podia tener lugar hasta que fuesen *sui juris;* porque la mujer que se hallaba en poder de un señor ó de un padre de familia (*in potestate*), en poder de un marido (*in manu*), ó sometida al *mancipium* (*in mancipio*), no tenía otro defensor que la persona á quien correspondia.—El tutor se nombraba á las mujeres, lo mismo que á los impúberos, ó por testamento, ó por la ley, ó por los magistrados.

Podia darse un tutor testamentario por el jefe de familia á sus hijas ó nietas ; por el marido á la esposa que tenía *in manu*, como una hija; por el suegro á la mujer que se hallaba *in manu filii*, como una nieta (2); suponiendo en todos estos casos que la mujer á quien se nombrase tutor debiese á la muerte del testador ser *sui juris.*—Habia de particular en cuanto al nombramiento hecho por el marido, que se habia permitido á este último dar á su mujer la opcion del tutor (*tutoris optio*), es decir, el derecho de elegir ella misma el tutor : « *Titiæ uxori meæ tutoris optionem do* (3). El tutor elegido por la mujer se llama *tutor optivo*, en oposicion al denominado *tutor dativo*, que era el designado nominalmente en el testamento (4).

A falta de tutores testamentarios seguian los tutores dados por la ley. Como á los de los impúberos, se les denominaba, propiamente hablando, tutores legítimos, cuando procedian de la ley de las Doce Tablas, directamente ó por deduccion; en caso contrario, tutores fiduciarios.—Eran para las ingenuas tutores legítimos, los agnados (5); para las manumitidas, al patrono, y á falta de éste, sus hijos. Debe observarse que aunque los hijos del patrono fuesen impúberos, no dejaban por eso de ser tutores de la emancipada; tan cierto es que la tutela era para ellos un derecho de patronato de que no podia privárseles; pero no podian en nada autorizar á la manumitida (6).—Eran tutores fiduciarios los que, habiendo

(1) Gay. 1. § 144.
(2) Gay. 1. §§ 144 y 148.
(3) Gay 1. § 150.—Esta opcion pertenece al derecho primitivo, puesto que Tito Livio hace alusion á ella contando un suceso que ocurrió en el año 557 de Roma (*Tit. Liv.* 39. 19).
(4) *Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi.*—Gay. 1. § 154.—Ulp. Reg. 11. § 14.
(5) Gay. 1. § 157.
(6) Gay. 1. §§ 178, 179 y 180.—Ulp. Reg. 11. §§ 20 y 22.

recibido una mujer *in mancipio*, y manumitiéndola, se hacian cargo de la tutela de ella á ejemplo de los patronos (1). Entre ellos se habria debido colocar al ascendiente emancipador, que, por medio de una *mancipacion* y de una *remancipacion*, habia adquirido su hija *in mancipio*, y la habia emancipado; pero por honor suyo se le consideraba como tutor legítimo (2).—Hay una cosa propia de la tutela legítima de las mujeres, y es que era permitido á los agnados, al patrono ó á sus hijos, dejar esta tutela perpétua y cederla á otro, miéntras que nunca se podia ceder la tutela de los pupilos, esto es, de los varones, porque era ménos onerosa teniendo un término fijo, cual era la pubertad. Esta cesion se hacía ante el magistrado (*in jure cessio*); y el nuevo tutor se llamaba cesionario (*cessicius tutor*). Reemplazaba al que hacía la cesion, porque á la muerte de este último dejaba su encargo; ó bien si moria él ántes que el que le habia hecho la cesion, recobraba éste la tutela (3).—¿Se concedia á los tutores fiduciarios el derecho de cesion? Gayo nos indica esta cuestion como cosa controvertida, y añade que si se decidiese que esos tutores no debian tener este privilegio, sería menester al ménos aplicar esta decision al ascendiente emancipador, porque se le debe considerar como legítimo, y no concederle ménos derechos que al patrono (4).

Cuando las mujeres no tenian ningun tutor, ni testamentario, ni legítimo, ni fiduciario, podian, como los impúberos, en virtud de la ley Atilia, pedir uno á los magistrados (5). El pasaje en que Tito Livio hace alusion á la ley Atilia, es relativo á una emancipáda que vivia el año 557 de Roma, y que á la muerte de su patrono se habia hallado sin tutor.

La tutela de las mujeres era perpétua. Habia para ellas variacion de tutor, pero no fin de la tutela. Habia una sola excepcion en favor de las Vestales, que se hallaban libres de toda autoridad por respeto al sacerdocio y por el poder de la diosa (6). Cuando las mujeres perdian la libertad ó la ciudad, ó cuando se hacian *alieni juris*, como, por ejemplo, casándose, de forma que pasasen

(1) Gay. 1. § 166.—Ulp. Reg. 11. 5.
(2) Gay. 1. §§ 172 y 175.
(3) Gay. 1. §§ 168, 169 y 170.—Ulp. Reg. 11. 7.
(4) Gay. 1. § 172. Esto nos indica que, segun el derecho estricto, este ascendiente no era realmente un tutor legítimo.
(5) Gay. 1. §§ 185 y 195.—Ulp. Reg. 11. § 18.
(6) Gay. 1. § 146.

in manu, su tutela debia necesariamente acabar, porque se habian hecho esclavas, extranjeras ó propiedad de otro. Tal era el derecho primitivo. La tutela que se ejercia sobre las mujeres principió á templarse en tiempo de la república. Todos los tutores, á excepcion de los legítimos, perdieron realmente su poder; las mujeres trataban ellas mismas sus negocios, interponiendo su autoridad los tutores sólo en ciertos casos y como *pro forma* (*dicis causa*), de tal modo que podian á ello ser obligados por el pretor (1). Por esto dice Ciceron en una de sus oraciones: « Quisieron nuestros mayores que todas las mujeres estuviesen en poder de tutores; mas los jurisconsultos inventaron una clase de tutores que estuvieron en poder de las mujeres » (2). Los tutores legítimos, á saber: los agnados, los patronos y los ascendientes emancipadores, fueron los únicos que conservaron una tutela real, como un derecho de que no podia privárseles; y en ciertos actos importantes para la conservacion de los bienes de la mujer (3), no podia ésta hacer nada sin su autorizacion, con tanto más motivo, cuanto que siendo individuos de la familia y herederos presuntivos, se hallaban personalmente interesados en dicha conservacion (4).

Desde entónces trataron las mujeres de eludir las tutelas legítimas, y hallaron el medio en la misma ley. Con el consentimiento de su tutor legítimo se dejaba la mujer vender de un modo ficticio á un tercero (*coemptione facere*); éste la emancipaba, ó bien la volvia á vender al primer tutor, ó á cualquiera otro que la emancipaba, y entónces, libre de su tutor legítimo, cuyos derechos habian desaparecido por medio de la venta, no se encontraba ya sometida sino á la autoridad impotente de un tutor fiduciario del que la habia emancipado (5).

La primera ley que conocemos que haya atentado directamente á las tutelas de las mujeres es la famosa ley PAPIA POPEA, en la que Augusto, con el objeto siempre de propagar el número de ciudadanos, y recompensar la fecundidad, estableció que las mujeres ingenuas, cuando tuviesen tres hijos, quedáran libres hasta de la

---

(1) Gay. 1. § 190.

(2) *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorem potestate esse voluerunt hi invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur*. Cicer. *Pro. Mur*. c. XII. 27.

(3) Ulp. Reg. 11. § 27.

(4) Gay. 1. § 192. Gayo dice á este propósito que las tutelas legítimas tenian alguna fuerza sobre las mujeres: *Legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelliguntur*.

(5) Gay. 1. § 195.

tutela legítima, y las emancipadas, sólo de las demas tutelas. Desde entónces pudo haber mujeres absolutamente independientes de toda autoridad.

Posteriormente, en tiempo del emperador Claudio, año 798 de Roma, se promulgó la ley CLAUDIA, que suprimiendo absolutamente la tutela de los agnados sobre las mujeres, no dejó subsistir entre las tutelas legítimas y reales sino la de los ascendientes y patronos (1).

Esta legislacion era todavía la que existia en tiempo de Gayo. Haciendo este autor en sus comentarios algunas reflexiones sobre las tutelas, dice que la de los impúberos es conforme á la razon natural; pero que la de las mujeres no se apoya en ningun motivo justo; porque la razon que se da de que pueden dejarse sorprender por ligereza de ánimo, le parece más especiosa que exacta; tanto más cuanto que las mujeres tratan ellas mismas sus negocios no interviniendo los tutores sino *pro forma* (2).—Bajo el imperio de Septimo Severo y en tiempo de Ulpiano se conservaba todavía este derecho (3). Mas en adelante cayó sucesivamente en desuso, y acabó por desaparecer en un todo, acaso sin que ninguna ley particular lo derogase expresamente, porque no nos ha quedado ningun rastro de leyes que hayan tenido semejante objeto (4).

TITULUS XXIII. — TÍTULO XXIII.

DE CURATORIBUS. — DE LOS CURADORES.

Cuando una causa general como la debilidad de la edad en los impúberos, y la del sexo en las mujeres, ponia á las personas fuera de estado de ejercer sus derechos, se les nombraba, como acabamos de ver, tutores. Pero cuando una causa particular ó un accidente hacian incapaz á una persona, que segun el derecho comun, y sin esta causa, habria sido apta y capaz, entónces se nombraba un curador (*curator*).

La ley de las Doce Tablas ponia bajo la curatela de sus agna-

(1) Gay. 1. § 157.—Ulp. Reg. 11. § 8. Es de observar que este acto legislativo, que probablemente era un senado-consulto, fué llamado *lex Claudia*, como si hubiese sido un plebiscito, aunque este género de leyes habia entónces cesado completamente.

(2) Gay. 1. § 190.

(3) Ulp. Reg. 11. § 8.

(4) Esta tutela no existia ya en tiempo de Constantino. C. 2. 45. 2. § 1.

dos (*in curatione*, *in cura*) á los que llamaba *furiosus* y *prodigus*. No conocemos de esta disposicion más que las palabras que hemos citado (*Hist. del der.*, pág. 87, § 7), y que Ciceron nos ha indicado ; pero Ulpiano nos da, si no las palabras, al ménos el sentido de la ley : *Lex Duodecim Tabularum furiosum, itemque prodigum cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse adgnatorum»* (1). La palabra *furiosus*, *furioso*, designaba á aquel cuya demencia llegaba al exceso, pero no al loco ni al imbécil. En cuanto á la palabra *prodigus*, significaba en la ley de las Doce Tablas, por algun motivo particular que nos es desconocido, no cualquier especie de disipador, sino sólo el que habiendo sucedido á su padre *intestato*, disipaba los bienes paternos. Así en la fórmula de interdiccion que el uso habia introducido, y de que se valia el pretor, no se vituperaba al pródigo más que la disipacion de esta especie de bienes : *Moribus per prœtorem bonis, interdicitur, hoc modo:* QUANDO TUA BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS, LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, OB EAM REM TIBI EA RE (Ó ÆRE) COMMERCIOQUE INTERDICO (2). Resultaba de esto que los hijos cuando habian sucedido á su padre en virtud de un testamento, y los emancipados que no tenian nunca bienes paternos; no eran puestos en curatela aunque disipasen su fortuna. Ulpiano nos manifiesta que los pretores remediaron esto último, nombrándoles curadores (3). Extendieron del mismo modo las disposiciones de la ley de las Doce Tablas, que sólo habia hablado de los furiosos, á los locos, á los imbéciles y á los incapacitados por alguna enfermedad perpétua. Así se hallaron todas estas personas bajo el cuidado de curadores, que se llamaban legítimos (*legitimi*) cuando procedian de la ley de las Doce Tablas, y honorarios (*honorarii*), cuando eran dados por el pretor (4).

Sin embargo, es fácil observar que habiendo confundido los romanos la edad en que uno es púbero, con aquella en que hay ya capacidad para gobernarse, resultaba de aquí que desde que los hombres *sui juris* habian llegado á la edad de catorce años, se hallaban al frente de sus negocios. Mucho peor habria sido esto res-

---

(1) Ulp. Reg. 12. § 2.
(2) Paul. Sent. lib. 3. tít. 4 (A). § 7.
(3) Ulp. Reg. 12. § 3.
(4) *Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege Duodecim Tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a prœtore constituuntur.* Ulp. Reg. 12. § 1.

pecto de las mujeres, si se hubiese seguido el mismo principio; porque llegando á la pubertad ántes que los hombres, desde la edad de doce años hubieran quedado abandonadas á sí propias; pero como en el derecho primitivo era perpétua su tutela, no existia el inconveniente que indicamos sino respecto de los hombres. ¿Cómo se evitó? La primera ley que trató esta materia parece que fué un plebiscito promulgado en tiempo de la segunda guerra púnica. Los manuscritos de los autores antiguos lo designan, ya con el nombre de *lex Lætoria*, ya con el de *lex Lectoria*, ya, en fin, con el de *lex Plætoria*, que es su verdadero nombre (1). El principal objeto, y todo el contenido de esta ley, no nos son conocidos. Sólo sabemos que era relativa á los menores de veinticinco años (2); que daba una acusacion pública contra los acreedores que se hubiesen aprovechado de la inexperiencia de estos menores con el objeto de engañarlos (3); que esta acusacion llevaba consigo indefectiblemente ciertas penas contra el culpado, produciendo, entre otros efectos, el de hacerlo incapaz de formar parte del órden municipal de una ciudad (4). Al mismo tiempo los pretores introdujeron en sus edictos la restitucion *in integrum* (*restitutio in integrum*) en favor de los menores de veinticinco años que hubiesen sido engañados en algun negocio. De este modo se hallaron protegidos por la ley *Plætoria* y por el edicto pretoriano, que propendian á castigar y reparar los fraudes cometidos en su perjuicio. Posteriormente, para evitar estos fraudes quiso Marco Aurelio Antonino que se pudiesen dar los curadores por el solo hecho de no tener veinticinco años (5). Así Ulpiano, despues de

(1) Así se llama en los fragmentos descubiertos en el siglo último en el golfo de Tarento, cerca de Heraclea, y llamados por esto *Tablas de Heraclea*. Hemos visto (*Hist. del der.*, p. 210, en nota) que la fecha de este monumento llegaba próximamente de 670 á 680, es decir, ménos de 100 años despues de la *lex Prætoria*. Esta antigüedad y la fe más completa que se da á un monumento, deben ser superiores á los manuscritos.

(2) Así Plauto, aludiendo á ella, la llama *lex Quinavicennaria* (Pseud. act. 1. scen. 3. v. 68).

(3) *Inde judicium publicum rei privatæ lege Lætoria* (Plætoria) (*Cic. de nat. Deor.* 3. 30.—*Id. De offic.* 3. 15).

(4) Tabla de Heraclea, segundo fragmento.

(5) Este punto histórico del derecho es todavía objeto de controversia. Julio Capitolino en la vida de Marco Aurelio Antonino, despues de haber dicho que este príncipe fué el primero que dió al pretor el derecho de nombrar tutor, añade: « *de curatoribus vero, quum ante non nisi ex lege Lectoria* (Plætoria) *propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.* » Dos interpretaciones se han dado á este pasaje: 1.ª, la una es que segun la ley *Plætoria* se podia nombrar á los menores de veinticinco años curadores por causa de mala conducta (*lascivia*) ó de demencia, y que Marco Aurelio quiso que se les diese sin otro motivo que su edad; 2.ª, la segunda, propuesta por Heinnecio, consiste en que habia ántes de Marco Aurelio tres especies de curadores: los que se daban *ex lege Plætoria* á los

haber hablado de la restitucion *in integrum* concedida á los menores de veinticinco años á causa de su inexperiencia, añade : «*Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur*» (1); del mismo modo dice en otra parte hablando del pretor, y enumerando los curadores honorarios : «*Præterea dat curatorem ei etiam qui, nuper pubes factus, idonee negotia sua tueri non potest*» (2).

En fin, y en tercer lugar, se presentaban casos en que, áun durante la tutela, se necesitaba añadir al tutor un curador adjunto. Esto nos indica tres circunstancias diferentes en que se nombraban curadores : 1.ª Durante la tutela para los impúberos. 2.ª Desde la pubertad hasta los veinticinco años para los adultos. 3.ª Aun despues de los veinticinco años para los furiosos, insensatos, pródigos, etc. Vamos á examinar estos diversos casos conforme á la Instituta y en su mismo órden.

Masculi *puberes*, *et feminæ* viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint.

Los hombres y las mujeres *desde la pubertad* hasta los veinte y cinco años cumplidos reciben curadores, porque aunque sean púberos, todavía por su edad no pueden defender sus intereses.

Puberes et feminæ, dice el texto : en efecto, desde el momento en que cesó la tutela perpétua de las mujeres, necesitaron éstas, áun más que los hombres, que se les nombrase curadores; porque llegando á la pubertad ántes que ellos, habrian quedado abandonadas desde los doce años.—Hemos establecido como principio que se daban tutores por una incapacidad comun á todo el mundo y curadores por una incapacidad particular : tal vez se hará la objecion de que la debilidad de la edad en los menores de veinticinco años es general, y que, sin embargo, á éstos se nombraba curadores. Esto consiste en que, segun el derecho estricto, los menores de veinte y cinco años eran capaces; y sólo por una le-

menores de veinticinco años, cuando su instancia se hallaba fundada en algun motivo válido; los que se daban en virtud de la ley de las Doce Tablas, ya á los pródigos *propter lasciviam*, ya á los locos *propter dementiam*. Aunque estas dos opiniones apénas se distinguen sino en la manera de traducir la frase latina, adoptaré la primera y la explicaré diciendo que, segun la ley de las Doce Tablas, habia curadores para los pródigos y los locos; que la ley *Plætoria* no los daba á los adultos sino *propter lasciviam* ó *propter dementiam*, lo que sólo era una aplicacion; tal vez un poco extensa, de la ley de las Doce Tablas, y que Marco Aurelio fué el primero que quiso que se les diese sin otro motivo que su edad (*non redditis causis*).

(1) D. 4. 4. 1. § 3. f. Ulp.

(2) Ulp. Reg. 12. § 4.

gislacion posterior se permitió darles curadores, no á todos, sino sólo á los que los pedian : así esta incapacidad no era general.

I Dantur autem curatores ab eisdem magistratibus quibus et tutores. Sed curator testamento non datur : sed datus, confirmatur decreto prætoris vel præsidis.

1. Se dan los curadores por los mismos magistrados que los tutores. Mas no se dan por testamento : pero una vez dados, se confirma por decreto del pretor ó del presidente.

Los curadores para los furiosos y los pródigos eran los únicos legítimos, los únicos que daba la ley de las Doce Tablas; todos los demas eran honorarios, nombrados por los magistrados segun las reglas expuestas.—Ningun curador podia ser nombrado por testamento, pues la ley de las Doce Tablas no daba este derecho al testador. Tampoco se lo dió para las curatelas introducidas posteriormente, y la razon es, porque refiriéndose á circunstancias particulares todas las causas por las que se daban curadores, y cuyas causas imponian una especie de incapacidad en personas generalmente capaces, no debia estar en las facultades del testador obrar por autoridad propia como si tales causas existiesen.

II. Item, inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem; curator enim et ad certam causam dari potest.

2. Los adolescentes no reciben contra su voluntad curador, á no ser para un litigio; porque el curador puede darse hasta para un negocio particular.

Pues generalmente, y segun el derecho, las personas que habian llegado á la pubertad eran capaces, y no se les imponia por fuerza un curador; pero se daba á los que lo pedian, no hallándose en estado de administrar solos sus negocios. Nuestro texto establece este mismo principio, y lo mismo igualmente un fragmento de Papiniano en el Digesto, que dice : «*Minoribus annorum desiderantibus curatoris dari solent*» (1). El curador debia ser pedido por el mismo adulto, ó por un procurador en su nombre; así la madre, el patrono, el emancipado, los parientes, no podian pedirlo (2), pero podian advertir al adulto que lo hiciese. Las constituciones imponian esta obligacion al tutor, que habria sido responsable si concluida la tutela hubiese dejado de hacer esta adver-

(1) D. 26. 5. 13. § 2.

(2) D. 26. 6. 2. § 4. f. Modest.—*An autem alius petere curatorem possit minori, quæsitum est: et Ulpianus egregius ita scribit, non licere alium ei petere, sed ipsum sibi.* Ib. § 5.

tencia (*si non admonuerit, ut sibi curatores peteret*) (1). Ademas, cuando el adolescente, habiéndolo pedido, recibia un curador, debia permanecer bajo su custodia hasta la edad de veinte y cinco años. Los adultos podian recibir curadores contra su voluntad en tres casos : 1.° Para recibir las cuentas de los tutores (2) : 2.° Para un litigio ; ésta es la excepcion indicada en nuestro texto : 3.° Para recibir un pago (3). En estas tres circunstancias, el tutor, el contrario ó el deudor, tenian derecho, para su mayor seguridad, de exigir que se diese curador al adulto, á fin de que en adelante no se les pudiese acusar de haberse aprovechado de la inexperiencia de este último para engañarlo. No podian ellos mismos pedir curador; pero podian negarse á satisfacer al adulto hasta que hubiese hecho la demanda (4); y una constitucion del emperador Gordiano permite tambien al tutor, en caso de negarse el pupilo, á solicitarlo él mismo (5). Pero estos curadores tenian su encargo limitado al negocio especial para que habian sido nombrados, terminado el cual, cesaban en sus atribuciones (6).

Resulta de lo que hemos dicho que los menores de veinte y cinco años no eran considerados como capaces de administrar siempre

---

(1) D. 26. 7. 5. § 5. f. Ulp.

(2) C. 5. 31. 7.

(3) D. 4. 4. 7. § 2. f. Ulp.

(4) Ib.

(5) C. 5. 31. 7.

(6) D. 4. 4.—C. 2. 22.—Esta regla de la Instituta de que los adultos no reciban curador contra su voluntad, ha sido materia de controversia; y se han citado muchos textos, suponiendo que formaban con ella antinomia, especialmente el *principium* de este título de la Instituta ; y en el Digesto, lib. 4, tít. IV, ley 1, § 3, y ley 3 princ. ; lib. 27, tít. VII, ley 33, § 1. Se ha añadido que desde Marco Aurelio, como lo prueba el pasaje de J. Capitolino, citado ántes, todos los menores de veinte y cinco años debian sin excepcion recibir curadores, y sin otra razon que su edad (*non redditis causis*). Sin entrar en la discusion de estos textos, haré observar que los que acabo de exponer en mi explicacion prueban de un modo concluyente que los adultos no recibian curadores sin instancia suya. En cuanto á J. Capitolino, dice con razon que Marco Aurelio quiso que se diesen curadores á los adultos, sin alegar otras razones que su edad ; pero no dice que se debiese dar curadores á todos sin excepcion y contra su voluntad. Heinnecio, como un término medio, adopta la opinion de que los adultos en el derecho no estaban obligados á tener curadores; pero que de hecho todos los tenian, porque estaba prohibido á los tutores darles cuentas sin habérselos hecho dar. Esta supuesta prohibicion está muy léjos de hallarse suficientemente probada por los textos que alega Heinnecio (D. 26. 7. 5. § 5, y 33. § 1). Entraba en las atribuciones del tutor advertir al adulto que pidiese curador ; si no lo hacia, él era responsable ; si daba sus cuentas al adulto, solamente se exponia á que fuesen anuladas por una restitucion *in integrum ;* pero todo esto no significaba que no pudiese dejar la administracion hasta despues de haber hecho nombrar curadores. Aun admitiendo esto, y admitiendo tambien, lo que podria bien suceder, que el curador nombrado á instancia del tutor para recibir las cuentas no fuese nombrado sólo para este asunto, y que debiese continuar en su encargo hasta que acabase la adolescencia, ¿ se podria deducir de esto que todos los adultos tuviesen curadores ? ¡ Cuántos adultos habia que no habiendo llegado á ser *sui juris* hasta su pubertad, y no habiendo tenido nunca tutores, no hubiesen tampoco nunca tenido cuentas de tutela que recibir !

bien sus negocios; que si habian pedido curadores, permanecian bajo su custodia hasta los veinte y cinco años; y que, si no los habian pedido, debian en ciertas circunstancias recibirlo contra su voluntad; debemos añadir que en los negocios en que interviniesen, debian ser restituidos por el pretor (*restitui in integrum*), cuando este magistrado reconociese que habian experimentado algun perjuicio; este privilegio reparaba el perjuicio, pero tambien disminuia su crédito en los negocios, pues se temia contratar con ellos cuando los contratos no eran irrevocables. Por último, no podian sin un decreto enajenar ni hipotecar sus bienes inmuebles (1). Para evitar todas estas consecuencias debian los adultos obtener dispensa de edad (*ætatis venia*), que sólo podia concederse por el emperador (2) á los que justificaban su buena conducta y que habian llegado á la edad de veinte años, siendo hombres, y diez y ocho, siendo mujeres. Despues de esta dispensa, los adultos, si se hallaban en curatela, quedaban libres de ella, y podian obrar en sus negocios como mayores de veinte y cinco años, aunque, sin embargo, no podian sin un decreto especial enajenar ni hipotecar sus bienes inmuebles (3).

En cuanto á la máxima de que los curadores pueden ser dados para un negocio especial, volverémos en breve á tratar de ella.

III. Furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti-quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum, ex lege Duodecim Tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi vel prætor, et in provinciis præsides, ex inquisitione eis curatores dare.

3. Los furiosos y los pródigos, aunque sean mayores de veinte y cinco años, se hallaban por la ley de las Doce Tablas bajo la curatela de sus agnados. Mas comunmente en Roma el prefecto de la ciudad ó el pretor, y en las provincias los presidentes, les dan curadores en vista de la averiguacion practicada.

No es esto decir que no se hallase abolida la curatela legítima de los agnados; la paráfrasis de Teófilo dice que los magistrados dan curadores á los furiosos y á los pródigos cuando no hay agnado, ó cuando el agnado más próximo se halla inhabilitado para la administracion de los bienes. Es preciso añadir que como las palabras pródigo y furioso se tomaban en la ley de las Doce Tablas en un sentido muy limitado, que los pretores se habian visto obliga-

(1) C. 5. 71.
(2) D. 4. 4. 3. princ. f. Ulp.
(3) C. 2. 45.

dos á extender, y como en todos los casos comprendidos en este sentido más lato nombraban ellos mismos al curador, la mayor parte del tiempo se daban curadores por los magistrados á los furiosos, y sobre todo á los pródigos.

IV. Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

4. Pero á los insensatos, á los sordos, á los mudos y á los que padecen una enfermedad perpétua, que no pueden desempeñar sus negocios, se les han de dar curadores.

Se nombraban curadores á todas las personas por los magistrados, porque la ley de las Doce Tablas nada habia dispuesto.— Los furiosos y los locos podian tener lúcidos intervalos. Los jurisconsultos romanos disputaban si en cada intervalo cesaba la curatela, para renovarse cuando el furor ó la demencia volviese. Justiniano decide que la curatela no debe extinguirse y renacer en cada intervalo, y que continúa siempre; pero que, sin embargo, el furioso y el loco, en sus lúcidos intervalos, podian verificar por sí solos cualquier acto, y que sólo necesitaban la asistencia del curador durante su estado de furor ó demencia (1).

V. Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, utputa si legitimus tutor non sit idoneus, quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item, si testamento datus tutor, vel a prætore vel a præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in loco tutorum qui non in perpetuum, sed ad tempus, a tutela excusantur, solent curatores dari.

5. Mas alguna vez los pupilos reciben curadores, como, por ejemplo, si el tutor legítimo no es idóneo, porque no puede darse tutor al que ya lo tiene. Tambien si un tutor nombrado en testamento ó por el pretor ó por el presidente, no es idóneo para la administracion de los bienes, aunque no administre los negocios con fraude, se le acostumbra agregar un curador. Igualmente, en lugar de los tutores que se excusan no perpétuamente, sino por un tiempo determinado, tambien se nombran curadores.

Aquí se trata de los curadores nombrados durante la tutela, lo que termina la indicacion de los casos en que se dan.

VI. Quod si tutor, adversa valetudine, vel alia necessitate, impediatur quominus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit

6. Pero si el tutor, por su mala salud, ó por alguna otra circunstancia, se halla impedido de administrar los negocios del pupilo, y éste se en-

(1) C. 5. 70. 6.

vel infans sit; quem velit actorem, periculo ipsius tutoris, prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

cuentra ausente ó en la infancia, el pretor ó el presidente de la provincia constituye por un decreto á un agente de cuenta y riesgo del mismo tutor.

Es menester no confundir este agente (*actor*) con un curador. Sólo se trata aquí de un procurador, que obra en interes del pupilo y de cuenta y riesgo del tutor. El nombramiento de este agente se hace, segun el texto, por decreto del pretor, y sólo en el caso de que el pupilo se halle ausente ó en la infancia; en efecto, si se halla en aquel mismo lugar, y ha salido ya de la infancia, puede él mismo, dice Teófilo, nombrar un procurador con autorizacion del tutor (1).

Administracion y fin de la curatela.

Las mismas palabras de tutor y curador nos indican una diferencia en las atribuciones del tutor y del curador: el uno está encargado de defender (*tueri*), y el otro de cuidar (*curare.*) Pero si de las palabras pasamos á las cosas, resaltará más esta diferencia. El impúbero *infans* no puede presentarse en ningun acto; salido de la infancia, puede presentarse, si se le completa la personalidad que exige para el acto el derecho civil, y que no se halla en él enteramente. Los adultos, por el contrario, tienen una personalidad civil completa, y por regla general pueden disponer de sus bienes y obligarse (2); consentir una adrogacion, un matrimonio (3), etcétera; á ménos que el furor ó la demencia no les hayan impedido el uso de la razon, y todavía en este estado pueden tener lúcidos intervalos. Se sigue de aquí que el protector que se da á los impúberos debe hacerse cargo, ó de administrar sus negocios durante su infancia, ó de completar su personalidad incompleta cuando pueden aquéllos obrar y hablar; esto es lo que hace el tutor interponiendo su *auctoritas*. Al contrario, el curador dado á los adultos nunca está encargado de aumentar su personalidad, que halla completa: debe sólo cuidar de sus intereses en los actos que ejecutan, y dar su asentimiento (*consensus*); ó bien, como una especie de procurador, administrar sus negocios cuando se hallan total-

(1) D. 26. 7. 24. f. Paul.
(2) D. 45. 1. 101.
(3) D. 23. 2. 20. f. Paul. — C. 5. 4. 8.

mente impedidos de obrar (1). De aquí proviene la máxima de que el curador, á diferencia del tutor, se da á los bienes ó la cosa. De aquí tambien procede que se puede dar un curador para un negocio especial. Estas reglas no impiden, sin embargo, que el tutor, áun completando la persona del impúbero, tambien se ocupe de sus bienes; y que del mismo modo el curador, sin tener nunca que aumentar la persona del adulto, sin ser necesario, áun cuando se tratase de su casamiento, no vigila, sin embargo, en su educacion y subsistencia (2), en su bienestar, y en la cura del enfermo ó del loco que le es confiado (3).

En suma, el curador, ó da su consentimiento á los actos del adulto, ó administra sus negocios por él cuando las circunstancias hacen esta gestion indispensable, pero nunca se une á su persona para aumentarla.

La curatela, dada al pupilo durante la tutela, concluye en la pubertad (4); la de los adultos concluye á los veinte y cinco años, ó cuando obtienen la dispensa de edad (*venia ætatis*) (5); la de los furiosos, locos, sordos y mudos, etc., cuando están curados (6); la de los pródigos, cuando habiendo mudado de costumbres se les ha alzado la interdiccion, y la dada por un negocio especial, cuando éste está terminado.

TITULUS XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum qui quæve in curatione sunt, negotia curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur, curat prætor ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non cogun-

TÍTULO XXIV.

DE LA SATISDATION DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

Para impedir que el patrimonio de los pupilos, de las pupilas ó de las personas sometidas á la curatela, sea consumido ó disminuido por los tutores ó curadores, que el pretor vigile de que estos últimos den con este objeto satisdacion. Sin embargo, esta regla tiene excepcion, porque no están obligados á satisdar ni los tuto-

(1) D. 26. 2. 14. f. Marc.
(2) D. 27. 2. 3. pr. § 5. C. 5. 50. 2.
(3) D. 27. 10. 7. princ.
(4) D. 26. 5. 25. f. Paul.
(5) D. 4. 4. 3. p. — C. 2. 45.
(6) D. 27. 10. 1. princ. f. Ulp.

tur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore approbata est. Item, ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

res dados por testamento, porque su fidelidad y su celo se hallan reconocidos por el mismo testador, ni los tutores dados en virtud de informacion, porque han sido elegidos como personas idóneas.

Hemos ya dicho que ántes de principiar los tutores á ejercer su cargo, deben dar seguridad á los pupilos de la buena administracion de sus negocios (*cavere rem pupilli salvam fore*). Lo mismo sucede con respecto á los curadores, á quienes se extiende esta obligacion, de tal modo que lo que vamos á decir se aplica á unos lo mismo que á otros. Hay muchos medios de dar á uno seguridad ó fianza, como, por ejemplo, una promesa solemne, un juramento, una prenda, una hipoteca y personas que se hagan responsables, que constituyen otras tantas garantías de mayor ó menor seguridad. La palabra *cavere* es genérica y se aplica á todos los actos que se ejecutan para dar seguridad y fianza á alguno (*ut quis cautior sit et securior*). ¿Cuál era la seguridad que los tutores ó curadores debian al pupilo? La que los romanos llamaban *satisdatio*, palabra que traducirémos literalmente por *satisdacion.* Consistia este acto en dar seguridad á alguno dándole *fidejusores* (*cavere ut aliquem securum faciamus datis fidejussoribus*) (1). Dar fideyusores era presentar una ó muchas personas que se comprometiesen, conforme á las formas solemnes de la estipulacion, á responder de una obligacion (2). Así el tutor ó el curador principiaban por obligarse ellos mismos por estipulacion; por ejemplo, se le interrogaba de esta manera : *Promittisne rem pupilli salvam fore?* Respondia : *promitto.* Y entónces presentando el que ó los que debian ser fideyusores, se les interrogaba á su vez : *Fide jubesne rem pupilli salvam fore?* Respondian : *fidejubeo*, y se hallaban obligados como fiadores. ¿Por quién debian hacerse las interrogaciones, ó segun el término técnico, las *estipulaciones?* Por el pupilo ó el adulto, si estaba presente y sabía hablar, porque la accion de estipulacion quedaba adquirida al que interroga. Si el pupilo no podia hablar, ó si estaba ausente, uno de sus esclavos debia interrogar, porque los esclavos adquieren para su señor. Si no tenía esclavo, se debia comprarle uno, ó bien mandar hacer la estipulacion por un esclavo público, ó por una persona

(1) D. 2. 8. 1. f. Gay.
(2) Inst. 3. 20.

designada por el pretor. En estos dos últimos casos, aunque rigorosamente la accion de estipulacion no debiese pertenecer al pupilo ó al adulto, se le daba, sin embargo (1). Esta estipulacion no era *convencional*, porque no tenía lugar por la sola voluntad de las partes, pues los tutores ó curadores eran á ello obligados por los magistrados : era á un mismo tiempo *pretoriana*, porque generalmente se hacía en virtud de órden de los pretores, y *judicial*, porque sucedia alguna vez que la ordenaba el juez de un litigio : así verémos en adelante que se colocaba en la clase de las estipulaciones *comunes* (2).

Hechas estas observaciones, es menester examinar con el texto cuáles eran los tutores obligados ó dispensados de satisdar. Resulta de esto que los tutores ó curadores legítimos, y los dados por los magistrados inferiores de las ciudades, eran los únicos que estaban obligados á la satisdacion. No habia para el patrono excepcion de pleno derecho; pero podia, con conocimiento de causa, ser dispensado por el pretor; y áun un fragmento del Digesto nos dice que no era fácil obligarle á satisdar (3). Es necesario decir lo mismo respecto del padre, aunque los textos citados sólo hablan del patrono. Y áun podria sostenerse con mayor motivo, que pues la eleccion que hacía el padre de un tutor testamentario bastaba para dispensar á este último de satisdar, con mayor razon debia ser dispensado el mismo padre.—El tutor ó el curador nombrados por testamento estaban dispensados de la satisdacion, áun en el caso en que su nombramiento tuviese necesidad de ser confirmado, con tal que se hubiese hecho por el ascendiente (4).

I. Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori suo vel concuratori præferri, ut solus administret; vel ut contutor satis offerens præponatur ei, ut et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo, *sed*

1. Pero si por testamento ó en virtud de informacion, han sido dados dos ó más tutores, uno puede ofrecer caucion para la seguridad del pupilo ó del adolescente, á fin de, ó de ser preferido á su cotutor ó cocurador, y administrar solo, ó de obligar al cotutor ó cocurador á ofrecer satisdacion, si quiere ser preferido y administrar por sí solo. Así no puede por sí mismo exigir satisdacion á su cotutor ó curador; pero *debe ofrecér-*

(1) D. 46. 6. fr. 2. 3. 4 y 6.
(2) Inst. 3. 18.
(3) D. 26. 4. 5. § 1. f. Ulp.—Ib. 5. 13. § 1. f. Papin.
(4) D. 26. 3. 3. f. Juli.—C. 5. 70. 7. § 5

offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore quis gerat, ille gerere debet. Quod si non fuerit scriptum, quem major pars elegerit ipse gerere debet, ut edicto prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserit, circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, prætor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.

sela, á fin de darle la eleccion ó recibirla, ó suministrarla él mismo. Cuando ninguno de ellos ofrece satisdacion, si uno ha sido designado por el testamento para administrar, debe administrar. Si ninguno de ellos ha sido designado, el que haya escogido la mayor parte se hará cargo de la gestion, como se establece en el edicto del pretor. Mas si los mismos tutores se hallan en desacuerdo acerca del que ó de los que deben administrar, el pretor debe interponer su autoridad. Esto debe aplicarse al caso en que se han dado muchos en virtud de informacion, esto es, que la mayor parte debe elegir al que ha de administrar.

Sed offerre debet. Hemos ya explicado las disposiciones de este párrafo. Es preciso observar que cuando hay muchos tutores, es de su propio interes que el que administra preste satisdacion, porque todos son responsables de la gestion. Es preciso observar tambien que el primero que ofrece satisdacion da á los demas, por este solo hecho, la eleccion de aceptarlo, ó de satisdar ellos mismos. —Ademas de las garantías de que acabamos de hablar, tienen los impúberos y los adultos una hipoteca sobre todos los bienes de los tutores ó de los curadores.

II. Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis, vel adultis, ceterisque personis, ex administrationem rerum teneri, sed etiam in eos qui satisdationem accipiunt *subsidiariam actionem* esse, quæ ultimum eis præsidium possit adferre. Subsidiaria autem actio in eos datur qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri : quæ quidem, tam ex prudentum responsis, quam ex constitutionibus imperialibus, *etiam in heredes* eorum extenditur.

2. Debe saberse que no sólo los tutores ó curadores están obligados á los pupilos adultos y otros por la administracion de sus bienes, sino que estos últimos áun tienen contra los que reciben la satisdacion una *accion subsidiaria*, que puede prestarles el último recurso. La accion subsidiaria se da contra los que han descuidado completamente obligar á los tutores ó curadores á satisdar, ó tolerado que diesen una caucion insuficiente. Ademas, esta accion, segun la respuesta de los prudentes y las constituciones imperiales, se extiende *tambien contra los herederos*.

Subsidiariam actionem. Se trata en este párrafo de una accion dada á los pupilos ó los adultos, áun contra los magistrados encargados de recibir la satisdacion. Encontramos sobre este asunto un título en el Digesto y el Código con el epígrafe *de Magistratibus*

conveniendis (1). Esta accion era subsidiaria; se nombran así las que presentan un último recurso (*ultimum subsidium*), y que no se dan sino en defecto de otra. Casi todas las leyes del Código nos dicen, bajo el título que acabamos de citar, que el pupilo ó el adulto no tienen recurso contra el magistrado sino cuando despues de haber litigado, hecho vender todos los bienes del tutor ó curador, y de sus fideyusores, no ha podido ser indemnizado completamente.

Etiam in heredes. Pero la accion era ménos rigorosa contra los herederos que contra el mismo magistrado. Los primeros no eran responsables sino cuando el magistrado habia manifestado en sus funciones demasiada negligencia (2).

III. Quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coerceantur.

3. Se dice en estas constituciones que, si los tutores y curadores no dan caucion, se tomarán prendas para obligarlos.

Es decir, que el magistrado ordenará la aprehension de una parte de sus bienes, que se guardarán en prenda.

IV. Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quis alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur, sed hi tantummodo qui satisdationem exigere solent.

4. Ni el prefecto de la ciudad, ni el pretor, ni el presidente de la provincia, ni todos los demas magistrados á quienes compete el derecho de dar tutores, se hallarán sometidos á esta accion, sino sólo aquellos que acostumbran exigir satisdacion.

El prefecto de la ciudad, el pretor y el presidente de la provincia, á quienes competia el derecho de nombrar tutores y curadores, debian cuidar de que se exigiese de éstos satisdacion en los casos en que fuese necesario; pero parece que no entraba en sus atribuciones ni apreciar ni recibir esta satisdacion. Un fragmento de Ulpiano nos habla de un presidente de provincia que, despues de haber nombrado tutor, encarga á los magistrados particulares de la ciudad que exijan satisdacion (3). Del mismo modo una constitucion de Zenon, despues de haber citado el decreto de un pretor que nombra un curador, nos habla de una especie de escribano llamado Scriba, encargado de apreciar la fortuna del adulto

(1) D. 27. 8.—C. 5. 35.
(2) D. 27. 8. 6. f. Ulp.—C. 5. 35. 2.
(3) D. 27. 8. 1. § 2. f. Ulp.

y de recibir la satisdacion (1). Estos textos nos hacen comprender perfectamente la regla de que la accion subsidiaria no se da contra los magistrados revestidos del derecho de nombrar tutores, sino sólo contra los encargados de exigir satisdacion. Todavía es necesaria una explicacion, que recae sobre estas palabras : *neque quis alius cui tutores dandi jus est.* Los magistrados municipales, se dirá tal vez, tienen el derecho en ciertos casos de nombrar tutores, y por tanto se hallan sometidos, como se acaba de decir, á la accion subsidiaria : luego no son exactas las expresiones del texto. A esto decimos que aquellas expresiones están tomadas de Ulpiano (2), que las escribia en un tiempo en que sólo los magistrados superiores tenian el derecho de hacer tales nombramientos; en cuanto á los magistrados particulares de las ciudades, no los hacian sino como delegados del presidente, y en virtud de órden suya. Sólo Justiniano les da el derecho de nombrar sin esperar órden de nadie. Por lo demas, si se hallan sometidos á la accion subsidiaria, no es porque hayan hecho el nombramiento, sino porque deben ademas exigir la satisdacion.

TITULUS XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

TÍTULO XXV.

DE LAS EXCUSAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

La tutela y la curatela eran cargas públicas, no porque tuviesen por objeto el interes público del Estado, sino porque cualquier ciudadano podia ser llamado á este encargo y debia desempeñarlo. Por ciertas causas se admitia excusa. Las excusas, propiamente hablando, son causas de dispensa, que se pueden hacer valer, y que tambien pueden renunciarse ; por manera que se puede aceptar la tutela ó la curatela, ó no aceptarla excusándose. Se diferencian de las exclusiones ; porque el que se halla excluido no puede ser tutor ni curador, áun cuando quiera : sin embargo, encontramos algunos textos en que la palabra *excusari* está tomada *por ser excluido;* pero ésto no es el sentido comun y propio de la palabra

Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis ; plerumque

Se excusan los tutores ó curadores por várias causas ; las más veces por

(1) C. 5. 75. 6.
(2) D. 27. 7. 1. § 1. f. Ulp.

tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim *tres liberos superstites Romæ* quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari; exemplo cæterorum munerum, nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati, naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant; ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum, ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt; defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est an prosint? Et constat eos solos prodesse qui in acie amittuntur; hi enim qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

el número de hijos que tienen, ya bajo su potestad, ya emancipados. El que tiene *en Roma tres hijos vivos*, en Italia cuatro, ó en las provincias cinco, puede excusarse de la tutela ó curatela, lo mismo que de las demas cargas, pues la tutela y la curatela son cargas públicas. No se cuentan los hijos adoptivos; mas á los dados en adopcion, puede contarlos el padre natural. Los nietos habidos de un hijo se cuentan cuando ocupan el lugar de su padre; los habidos de una hija no se cuentan; sólo los hijos vivos sirven para excusarse de la carga de la tutela ó de la curatela; mas no los que han muerto. Se pregunta si se cuentan los que han perecido en la guerra. Así es en efecto, pero sólo cuando han muerto en el combate, pues los que mueren en defensa de la república, viven eternamente para su gloria.

Tres liberos superstites Romæ. Esta excusa concedida por el número de hijos, procede de la ley PAPIA POPPEA, de la que ya hemos visto más de una disposicion, que tiene por objeto favorecer los matrimonios y aumentar la poblacion (*Hist. del der.*, p. 253). Puede observarse la diferencia que se establece entre Roma, Italia y las provincias, diferencia que se ha conservado en la Instituta, aunque en aquel tiempo estuviesen todavía Roma é Italia en poder de los ostrogodos.

I. Item divus Marcus *in Semestribus* rescripsit, eum qui res fisci administrat a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.

1. Mas el divino Marco Aurelio estableció en sus *Semestres* que el que administra el fisco puede excusarse de la tutela ó de la curatela por el tiempo de su administracion.

Se sabe por Suetonio que Augusto y Tiberio reunian durante seis meses consejos particulares, compuestos de senadores (*semestria consilia*), en que se discutian ciertos negocios (1). Nuestro texto de la Instituta puede hacer presumir que Marco Aurelio habia imitado este ejemplo. En tiempo de Justiniano no habia ya diferencia entre el Tesoro del príncipe (*fiscus*) y el del Estado (*ærarium*) (*Hist. del der.*, pág. 236).

---

(1) Suet. *Aug.* 35.

II. Item, qui Reipublicæ causa absunt, a tutela vel cura excusantur. Sed et si fuerint tutores vel curatores, deinde Reipublicæ causa abesse cœperint, a tutela vel cura excusantur, quatenus Reipublicæ causa absunt : et interea curator loco eorum datur. Qui, si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ : nam *nec anni habent vacationem*, ut Papinianus libro quinto Responsorum scripsit ; nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

2. Tambien los ausentes por causa de la república se hallan excusados de la tutela ó de la curatela. Mas si siendo tutores ó curadores se ausentan despues por causa de la república, están excusados de la tutela ó de la curatela durante el tiempo de su ausencia, y entre tanto se nombra un curador en su lugar. Mas á su vuelta reciben otra vez la carga de la tutela ; porque, como escribe Papiniano en el libro quinto de sus Respuestas, *no tienen un año de dispensa ;* este plazo lo tienen para las nuevas tutelas á que fuesen llamados.

Nec anni habent vacationem. De vuelta de una ausencia por causa de la república, no se podia, durante un año, ser llamado contra su voluntad á una nueva tutela ó curatela ; pero respecto de aquellas de que estuviese encargado ántes de su partida, estaba obligado á volver á hacerse cargo de ellas inmediatamente : estaban suspendidas durante la ausencia, y entre tanto se nombraba un curador.

III. Et qui potestatem habent aliquam, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit ; sed cœptam tutelam deserere non possunt.

3. Y los que se hallan revestidos de alguna potestad, pueden excusarse segun rescripto del divino Marco Aurelio; pero no pueden abandonar una tutela que han empezado á ejercer.

IV. Item, propter litem quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare nemo se potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.

4. Más ; por un litigio que tenga con el pupilo ó el adulto, no puede excusarse el tutor ó el curador, á ménos que la controversia se extienda á todos los bienes ó á una herencia.

Posteriormente Justiniano en la novela 72, c. 1, decidió que cuando uno fuese acreedor ó deudor del pupilo ó del adulto, no pudiese ser admitido á la tutela ó á la curatela.

V. Item, tria onera tutelæ non adfectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administratur: ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.

5. Más ; tres cargas de tutela ó de curatela que no se han solicitado suministran tambien una excusa todo el tiempo que se les administra. Sin embargo, la tutela de muchos pupilos, ó la curatela de muchos bienes, como, por ejemplo, la de los hermanos cuando los bienes no se hallan divididos, se reputa por una sola.

VI. Sed et propter paupertatem excusationem tribui, tan divi fratres quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

6. Por pobreza se admite tambien excusa al que puede justificar que la carga que se le impone es superior á sus fuerzas. Así lo han establecido por rescripto los divinos hermanos, y particularmente el divino Marco Aurelio.

Por divinos hermanos se entiende Marco Aurelio Antonino, el filósofo, y su hermano adoptivo Lucio Vero (*Hist. del der.*, página 267).

VII. Item, propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

7. Más; por una salud quebrantada, que no permita ocuparse ni en sus mismos negocios, tiene lugar una excusa.

VIII. Similiter, eum qui litteras nescit, esse excusandum divus Pius rescripsit, quamvis et imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

8. Igualmente, el que no sabe escribir tiene excusa por rescripto del divino Antonino Pío, aunque puedan éstos á veces administrar negocios.

A los magistrados toca juzgar, segun la importancia de la tutela, si puede ser desempeñada por uno que no sepa leer ni escribir, y si, por consiguiente, debe admitirse ó desecharse la excusa (1).

IX. Item, si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem; sicut, per contrarium, non excusantur qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.

9. Más; si el padre nombra á alguno tutor en su testamento por enemistad, esto mismo le suministra una excusa; así como, por el contrario, no tienen excusa los que hubiesen prometido al padre de los pupilos de que administrarian la tutela.

Se supone que un padre, con el objeto de imponer á su enemigo una carga onerosa, lo ha nombrado en su testamento tutor de sus hijos: se da entónces una excusa; pero es preciso probar que el nombramiento se ha hecho por enemistad, y no como un acto de reconciliacion.

X. Non esse autem admitendam excusationem ejus qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.

10. No se ha de admitir la excusa del que sólo se funda en que no era conocido del padre del pupilo, como se establece en rescripto de los divinos hermanos.

(1) D. 27. 1. 6. §. 19. f. Modest.

XI. Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent excusare.

11. La enemistad de alguno con el padre de los pupilos ó adultos, si ha sido capital, y no ha mediado reconciliacion, excusan generalmente de la tutela ó de la curatela.

Por ódio capital debe entenderse el que llegaba hasta el extremo de querer privar á su enemigo de la vida natural ó civil.

XII. Item, is qui status controversiam a pupillorum patre passus est, excusantur a tutela.

12. Más; está excusado de la tutela aquel á quien el padre de los pupilos ha disputado su estado.

Por ejemplo, si le ha sostenido que era esclavo y no ciudadano.

XIII. Item, major septuaginta annis a tutela vel cura excusare se potest. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur, nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare, adeo ut nec excusatione opus sit. Qua constitutione, cavetur ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus : cum erat incivile, eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab illis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

13. El mayor de 70 años puede excusarse de la tutela ó de la curatela. En otro tiempo se excusaban tambien los menores de 25 años; mas como, segun nuestra Constitucion, les está prohibido ser tutores ó curadores, por lo mismo no necesitan de excusa. Por esta Constitucion se establece que ni el pupilo ni el adulto sean llamados á la tutela legítima : porque es contrario á la razon que los que necesitan de auxilio ajeno para administrar sus negocios, y que se hallan bajo una direccion extraña, se hagan cargo de la tutela ó curatela de otros.

XIV. Item et in milite observandum est ut, nec volens, ad tutelæ onus admittatur.

14. Los militares no son admitidos á desempeñar la tutela, aunque quieran.

Esto, más que una excusa, es una incapacidad ó impedimento.

XV. Item, Romæ grammatici, rhetores et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt, a tutela vel cura habent vacationem.

15. En Roma, los gramáticos, los retóricos y los médicos, como igualmente los que ejercen en su patria estas profesiones, y que se hallan comprendidos en su número, están dispensados de la tutela ó de la curatela.

Segun nos dice Teófilo, habia una constitucion de Antonino Pío que fijaba el número de gramáticos, retóricos, etc., que debia tener cada ciudad. Modestino nos da á conocer las disposiciones de esta constitucion, y los diversos límites que establecia (1).

(1) D. 27. 1. 6. §§ 2. 7 y 9. f. Modest.

XVI. Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, *non appellant;* sed *intra dies quinquaginta continuos*, ex quo cognoverint se tutores datos, excusare se debent, cujuscumque generis sint, id est, qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimus lapidem sunt ab eo loco ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, et amplius triginta dierum: quod tamen, ut Scævola dicebat, sic debet computari, *ut ne minus sint quam quinquaginta dies.*

16. El que quiere excusarse, si tiene muchos motivos, y algunos de ellos no ha podido probarlos, puede valerse de los demas en plazos fijos. Los que quieren excusarse, *no tienen el recurso de la apelacion*, sino que de cualquier género que sean, es decir, de cualquier modo que hayan sido nombrados tutores ó curadores, deben proponer sus excusas en los *cincuenta dias contínuos*, contando desde el momento en que hubiesen sabido su nombramiento, si se hallan á ménos de cien millas del lugar en que han sido nombrados. Si se hallan á más de cien millas se cuenta un dia por cada veinte millas, y ademas treinta dias: lo que, como decia Scevola, de tal modo debe computarse, *que nunca haya ménos de cincuenta dias.*

Non appellant. Este párrafo fija la forma en que debe hacerse la excusa y el plazo dentro del cual debe proponerse. En general cuando uno era llamado á un cargo público, y se suponia tener alguna excusa, se hacía ésta valer por medio de la apelacion, es decir, dirigiéndose á un magistrado superior, para que reformase la sentencia del que lo habia nombrado (1). Una constitucion de Marco Aurelio Antonino ordenó otra cosa respecto de las tutelas y curatelas: los tutores y curadores debian presentarse y proponer sus excusas ante el magistrado que ocupase el primer grado de jurisdiccion; si este magistrado no accedia á su demanda, podian entónces apelar de su sentencia (2). Esta regla era comun á todos los tutores ó curadores, tanto legítimos cuanto testamentarios ó dados por los magistrados: todos podian igualmente excusarse, á excepcion, sin embargo, de los libertos, á quienes el reconocimiento imponia la obligacion de administrar la tutela ó curatela de los hijos de su patrono, y que no podian alegar excusas para ser dispensados de dicha obligacion (3).

Intra quinquaginta dies còntinuos. Cuando se calculaba por *dias útiles* sólo se contaban aquellos en que era permitido presentarse en juicio; por *dias contínuos* se entendian todos sin distincion:

(1) D. 49. 4. 1. § 2. f. Ulp.
(2) Ib. § 1.—D. 27. 1. 13. p. f. Modest.
(3) C. 5. 62. 5.

este último método era el que debia seguirse respecto de los tutores y curadores. En el plazo determinado era preciso, no sólo que se presentasen al juez (*ad judicem accedere*), sino que especificasen sus excusas (*remissionis causam nominare*) (1). Si tenian muchas, no estaban obligados á especificarlas todas á un tiempo; pero, despues que las primeras no hubiesen sido admitidas, podian proponer otras, con tal que lo hiciesen dentro del plazo determinado.

Ne minus sint quam quinquaginta dies. Resulta del cálculo indicado en la Instituta, que si se siguiese sin modificacion, los que se hallen á más de cien millas tendrán con frecuencia un plazo más corto que los que se hallen más distantes. Por ejemplo, el que reside á trescientas millas, tendrá un dia por cada veinte millas, es decir, quince dias, que con treinta dias más, hacen cuarenta y cinco dias. Véase por qué los jurisconsultos añadian que en todos los casos era preciso proceder de modo que ninguno tuviese ménos de cincuenta dias (2). Segun esto, puede asegurarse, verificando los cálculos, que no principian los tutores á tener más de cincuenta dias sino cuando residen á más de cuatrocientas millas : por manera que la regla habria sido más exacta y sencilla si se hubiese dicho : el plazo será de cincuenta dias para los que residan á la distancia de cuatrocientas millas ó ménos; se añadirá un dia por cada veinte millas más de esta distancia.

Los tutores y los curadores son dueños, como hemos dicho, de alegar sus excusas ó renunciar á ellas. Renuncian tácitamente cuando dejan que termine el plazo ó cuando se hacen cargo de la administracion sin hacer ninguna reserva (3), á ménos que no se trate de una excusa ocurrida posteriormente y capaz de dispensar áun de un cargo que se ha principiado á desempeñar, como, por ejemplo, la ausencia por causa de la república.

XVII. Datus autem tutor, ad universum patrimonium datus esse creditur.

17. Dado el tutor se reputa dado para todo el patrimonio.

Por consiguiente, añade Cujácio, si los bienes se hallan situados en provincias diferentes, no ménos se halla encargado de todos ellos : de donde se sigue que si quiere descargarse de la adminis-

(1) D. 27. 1. 13. § 8.
(2) D. 27. 1. 13. § 2. f. Modest.
(3) C. 5. 63. 2.

tracion de bienes demasiado distantes, sólo puede hacerlo proponiendo una excusa fundada en la distancia, lo que es conforme á un fragmento del Digesto (1). Juzgan algunos comentadores que el texto de la Instituta se halla incompleto, y que lo que falta explicaba lo que acabamos de decir. La paráfrasis de Teófilo no dice más que la Instituta.

XVIII. Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur : in tantum ut, licet pater familias qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eumdem curatorem dare : tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi Severus et Antoninus rescripserunt.

18. El que ha desempeñado la tutela de alguno no puede ser obligado contra su voluntad á que sea curador : de tal modo que si un padre de familia, que hubiese nombrado tutor en su testamento, añadiese que daba á la misma por curador, no ha de obligarse con todo á éste á que contra su voluntad acepte la curatela, segun rescripto de los divinos Severo y Antonino.

Aquí se quiere designar á Septimo Severo y á Antonino Caracalla (*Hist. del der.*, p. 158).

XIX. Iidem rescripserunt maritum uxori suæ curatorem datum, excusare se posse, licet se immisceat.

19. Los mismos emperadores establecieron por rescripto que el marido dado por curador á su mujer, puede excusarse, aunque se haya mezclado en la curatela.

No sólo puede excusarse, sino que debe; porque es incapaz de ser curador de su mujer, como lo dicen expresamente más de un texto del Digesto y del Código (2) : *Maritus, etsi rebus uxoris suæ debet affectionem, tamen curator ei creare non potest* (3). Esta regla corresponde en sentido recíproco á la ya conocida, de que el curador de una mujer no puede casarse con ella. El motivo es el mismo : se temeria que el marido abusase de su posicion para dispensarse de dar cuentas. Si, pues, por ignorancia del derecho ó por cualquier otro motivo, hubiese el magistrado nombrado un marido por curador de su mujer, debia éste, apénas lo supiese, excusarse inmediatamente á fin de evitar toda responsabilidad (4). Es preciso suponer que la mujer necesita de un curador, ya por ser menor de veinticinco años, ya por ser insensata, etc. (5). Es

(1) D. 27. 1. 21. § 2. f. Marc.
(2) D. 27. 1. 1. § 5. f. Modest.—27. 10. 14. f. Papin.
(3) C. 5. 34. 2.
(4) C. 5. 62. 4.
(5) D. 27. 10. 14.

preciso tambien observar que tenga bienes propios de ella, y no comprendidos en la dote.

XX. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.

20. Si alguno por medio de alegaciones falsas consiguiese que se le excusase la tutela, no queda libre de dicha carga.

Por consiguiente, siempre es responsable, por la accion de tutela, de cuantos perjuicios pudiese experimentar el pupilo : lo mismo se entiende respecto de la curatela. En favor de los pupilos ó adultos hay una excepcion á esta regla, y es que la cosa juzgada se tiene por verdad.

Hay todavía otros muchos motivos de excusa ademas de los que acabamos de examinar, y que se encuentran en el Digesto y en el Código ; pero la materia no es tan importante que los debamos examinar todos (1).

DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LA TUTELA Y Á LA CURATELA.

La tutela podia dar lugar á muchas acciones, á saber : la accion directa de tutela, la accion por las distracciones causadas en las cuentas, y la accion contraria á tutela.—La accion directa de tutela, que se llamaba *actio directa tutelæ*, ó *judicium tutelæ*, ó bien *arbitrium tutelæ*, era la que se daba al pupilo contra el tutor para que le diese cuenta de su administracion. No tenía lugar sino cuando acababa la tutela, ya por parte del pupilo, ya por parte del tutor únicamente. Se concedia al pupilo ó á sus herederos contra el tutor ó los suyos. El tutor era responsable por esta accion, no sólo de los fraudes que hubiese hecho, sino de las faltas que hubiese cometido, y hasta de su negligencia. Cuando por efecto de esta accion era convencido de fraude, quedaba con la nota de infamia (2).—La accion por las distracciones causadas en las cuentas se llamaba *actio de distrahendis rationibus*, y se daba al pupilo contra el tutor cuando éste hubiese hecho algunas sustracciones en el patrimonio que se le habia confiado ; sólo tenía lugar al fin de la tutela. Su resultado era que recayese sobre el tutor la nota de infamia, y que fuese condenado á restituir el doble de lo que hubie-

(1) D. 27. 1. y C. 5. 62. *De excusationibus.*
(2) D. 27. 3. f. 4. f. 1. pr. §§ 16 y 17.—Véase tambien C. 5. 51. 2.

se sustraido; no se daba contra los herederos del tutor, porque éstos no eran culpables; no se podia ejercitar á un mismo tiempo la accion directa de tutela y la accion de *rationibus distrahendis*: intentar la una era renunciar á la otra (1).—La accion contraria de tutela (*actio contraria tutelæ*) era la que se daba al fin de la tutela al tutor contra el pupilo, para indemnizarse aquél de todos los adelantos que pudiese haber hecho, y de todas las obligaciones que pudiese haber contraido en nombre del pupilo (2). Una observacion general y que nos servirá más de una vez en adelante, consiste en que estas expresiones *accion directa* y *accion contraria*, tomadas en oposicion una de otra, designaban siempre, la primera, una accion en cierto modo principal, que procedia directa y esencialmente de un contrato ó de un hecho; la segunda, una accion en cierto modo accesoria, que sobrevenia con posterioridad al contrato, á causa de alguna circunstancia particular. Así en nuestro ejemplo, por el hecho solo de que hay tutela, hay, como una consecuencia directa y esencial, accion directa de tutela, miéntras que la accion contraria se presenta como accesoria si aparece en adelante que el tutor ha hecho algun adelanto.

La curatela daba lugar á la accion útil de gestion de negocios (*actio utilis negotiorum gestorum*), concedida al que se hallaba en curatela para que el tutor diese cuentas. Es de observar que nada impedia que se intentase esta accion, si las circunstancias lo exigian, áun durante la curatela (3). El curador por su parte, para indemnizarse de sus adelantos, tenía la accion contraria útil de gestion de negocios (*actio contraria utilis negotiorum gestorum*). Observemos tambien que la expresion *accion directa* se tomaba en oposicion á *accion útil*, que entónces tenía otro sentido que el explicado ántes. Designaba aquélla una accion que directamente procedia del derecho, miéntras que por *accion útil* se entendia una accion que la equidad, que la utilidad sólo habian hecho introducir por analogía con alguna accion existente en el derecho. Así, en nuestro ejemplo, la accion directa *negotiorum gestorum* es la que el mismo derecho civil daba para hacer dar cuentas al que, voluntariamente y sin conocimiento de un propietario, se hubiese introducido en la administracion de sus negocios. El curador no se ha-

---

(1) D. 27. 3. fr. 1. §§ 19 y sig., fr. 2.
(2) Ib. 4. § 3. y 16. § 1.—D. 26. 7. 26.
(3) D. 27. 4. 1. § 2. f. Ulp.

llaba absolutamente en esta posicion, pues no se habia hecho cargo de la gestion por sola su voluntad. No habia, pues, realmente contra él la accion directa de gestion de negocios; pero por analogía y por utilidad se habia dado una accion casi semejante, *actio utilis negotiorum gestorum.* — El recurso concedido por el pretor para obtener una restitucion *in integrum* (*restitutio in integrum*) á causa de la edad, tiene tambien relacion con la materia de que tratamos. Cuando obrando un menor de veinte y cinco años, ya con la autorizacion de su tutor, ya con el consentimiento de su curador, ó ya por sí mismo en la pubertad, habia experimentado un perjuicio en un negocio que, segun derecho, era válido, podia, sin embargo, recurrir al pretor para hacerse restituir *in integrum*, es decir, volverle á poner en su primer estado, como si tal negocio no hubiese ocurrido: esto es lo que se llamaba *restitutio in integrum.* Por lo demas, el pretor no la concedia sino con conocimiento de causa, y cuando reconocia causado un perjuicio de bastante consideracion (1).

Eran comunes á la tutela y á la curatela la accion de estipulacion (*actio ex stipulatu*) contra los que se habian obligado como responsables del tutor ó del curador; la accion subsidiaria contra los magistrados; y, en fin, la acusacion dirigida contra el tutor ó curador para separarlo como sospechoso. Vamos, siguiendo el texto, á tratar más detalladamente de esta acusacion.

TITULUS XXVI.	TÍTULO XXVI.
DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.	DE LOS TUTORES Ó CURADORES SOSPECHOSOS.

La acusacion de suspicion, intentada contra un tutor ó curador, no era una acusacion criminal propiamente dicha: no tenía por objeto hacer aplicar á un reo un castigo público; su objeto principal era un interes civil, el de defender la fortuna del pupilo, separando al que fuese capaz de malversarla. Es verdad que á veces llevaba consigo la nota de infamia; pero esto era comun á muchas acciones civiles, como las de tutela y depósito. Se sigue de aquí que esta acusacion no correspondia á las jurisdicciones criminales, sino sólo á

(1) D. 4. 4. y C. 2. 22. *De in integrum restitutione minorum.*

las civiles. Se sigue tambien de aquí que, cuando la tutela ó la curatela hubiese acabado, no podia ya tener lugar la acusacion, que en este caso careceria de objeto. Por otra parte, esta acusacion se diferencia de las acciones civiles y se asemeja á las acusaciones criminales, en que no se concede sólo á la parte interesada el derecho de intentarla, sino á todos en general.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege Duodecim Tabularum descendere.

Debe saberse que la acusacion de suspicion procede de la ley de las Doce Tablas.

I. Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romæ prætori, et in provinciis præsidibus earum et legato proconsulis.

1. El derecho de remover á los tutores sospechosos corresponde en Roma al pretor, en las provincias á sus presidentes y al legado del procónsul.

Este derecho le correspondia como negocio civil, pues su jurisdiccion se extendia á los asuntos de esta naturaleza. En nuestra *Hist. del der.*, p. 176, hemos explicado lo que era el legado ó teniente del procónsul.

II. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere, nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt sive testamentarii sint, sive non, sed alterius generis tutores. Quare et si legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum : dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.

2. Hemos manifestado qué magistrados pueden conocer de las sospechas de los tutores. Veamos ahora cuáles de éstos pueden ser acusados. Todos pueden serlo, ya sean testamentarios ó de otra clase, y aunque fuese tutor legítimo. ¿Y si el tutor es un patrono? Lo mismo se ha de decir, con tal que tengamos presente que su fama merece indulgencia, aunque él sea separado como sospechoso.

Ni los hijos ni los libertos pueden dirigir contra sus ascendientes ó su patrono una accion infamante (1). Las acciones que tuviesen este carácter debian ser privadas de él, y el hijo ó liberto obrar sólo para defender sus intereses. Esto es lo que aquí tendrá lugar: el ascendiente ó el patrono será separado sin nota de infamia ; y regularmente, segun Modestino, se limitaron á ponerle un curador adjunto (2).

III. Consequens est, ut videamus qui possunt suspectos postulare. Et

3. Corresponde que veamos quién puede acusar á los sospechosos. Y

(1) D. 37. 15. 5. f. Ulp.
(2) D. 26. 10. 9.

sciendum est, *quasi publicam* esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimo et *mulieres admittuntur*, ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed hæ solæ quæ, pietatis necesitudine ductæ, ad hoc procedunt, utputa mater; nutrix quoque, et avia possunt; potest et soror. Sed et si qua alia mulier fuerit, cujus prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientem, sed pietate productam, non continere injuriam pupillorum: admittet eam ad accusationem.

acerca de esto conviene saber que esta acusacion es *casi pública*, esto es, que corresponde á todos y *hasta á las mujeres*, segun rescripto de los divinos Severo y Antonino, aunque sólo aquellas á quienes impulsa un sentimiento de amor, como la madre, la nodriza, la abuela y la hermana, así como cualquiera otra mujer en quien el pretor reconozca un vivo afecto, que demuestre, sin faltar al decoro del sexo, aunque arrastrada por este mismo afecto, que no puede tolerar el perjuicio causado á los pupilos, en cuyo caso será admitida la acusacion.

Quasi publicam. Hemos dicho al principio de este título en qué se diferenciaba esta acusacion, y en qué se asemejaba á las que eran realmente públicas.

Mulieres admittuntur. En general no podian las mujeres intentar acusacion pública, á no ser cuando pretendian reclamar el castigo de un delito ó de un crímen cometido contra ellas ó contra alguno de los suyos (1).

IV. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare, puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere : et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.

4. Los impúberos no pueden acusar á sus tutores como sospechosos; mas los púberos pueden, con consejo de sus parientes, acusar como sospechosos á sus curadores : y así lo resolvieron por rescripto los divinos Severo y Antonino.

V. Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit, et secundum eum constitutum est.

5. Es sospechoso el que administra con infidelidad la tutela, aunque tenga con que pagar, como escribió Juliano. Y áun ántes de que principie á administrar la tutela puede el tutor ser removido como sospechoso, como ha escrito Juliano, y conforme á él se ha decidido en una constitucion.

Por su reputacion, si fuese conocido como hombre falto de probidad ó de malas costumbres, se le separaria de la tutela áun ántes de principiar á administrarla.

VI. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non æque.

6. El sospechoso removido por dolo queda con nota de infamia, pero no si es por falta.

(1) D. 48. 2. 1. f. Pom. 2. f. Pap.—C. 9. 1. 12.

Cada ciudadano gozaba de una consideracion que le era propia, y que dependia de su conducta, de su estado y de los honores de que se hallaba revestido; esta consideracion se llamaba *existimatio*, que se define en el Digesto, *dignitatis illæsæ status legibus ac moribus comprobantus* (1). La existimacion podia aumentarse, disminuirse ó perderse. La perdian completamente los que quedaban privados de la libertad; se disminuia, por ejemplo, cuando uno era relegado, expulsado del Senado, lanzado de su órden para pasar á otro inferior, etc. Existian acciones que por toda pena llevaban consigo la infamia, es decir, una grande disminucion de la existimacion (2): tales eran la accion de tutela y la acusacion de suspicion cuando el tutor era convencido de fraude.— La persona en quien recaia la nota de infamia quedaba incapaz para muchas cosas. Tendrémos ocasion de volver á tratar de esto.

VII. Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur et administratio, ut Papiniano visum est.

7. Si alguno es acusado como sospechoso, se le suspende en la administracion, segun opinion de Papiniano, hasta que se sustancie el negocio.

VIII. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postea quam tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

8. Mas si despues de entablada la demanda muriese el tutor ó el curador, fenece el negocio.

La misma resolucion debe aplicarse á todos los casos en que, por una causa cualquiera, acaban la tutela ó curatela. Hemos dado la razon, que se reduce á que la acusacion no tenía otro objeto que separar al sospechoso. Pero queda siempre contra este último ó contra sus herederos la accion que se dirige á que se den las cuentas.

IX. Si quis tutor copiam sui non faciat *ut alimenta pupillo decernantur*, cavetur epistola divorum Severi et Antonini, ut in posessionem bonorum ejus pupillus mittatur; et quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Er-

9. Si el tutor no se presentase para *suministrar alimentos al pupilo*, se establece en un rescripto de los divinos Severo y Antonino que el pupilo sea puesto en posesion de sus bienes, y que despues del nombramiento de un curador, las cosas que por descuido pudiesen deteriorarse por no haberse presentado el cura-

(1) D. 5. 13. 5. § 1. f. Calist.

(2) Ib. §§ 2 y 3.—Véase todo lo dicho sobre este asunto en la *Gener. del derecho romano*, número 24, p. 47.

go ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.

dor, que sean vendidas. Luego podrá ser removido como sospechoso el que no suministra alimentos.

Ut alimenta pupillo decernantur. La cantidad que se debia gastar anualmente para alimento del pupilo no se dejaba enteramente al arbitrio del tutor. El testador podia fijarla en su testamento; si no lo habia hecho, se acostumbraba que el pretor la determinase. Este magistrado debia tomar en consideracion la clase, fortuna y edad del pupilo; no debia permitir que se gastasen todas las rentas, pues era prudente que cada año resultasen algunas economías. Al tutor correspondia que se hiciese esta regulacion, y áun despues de hecha, ya por el testador, ya por el magistrado, si ocurria que por circunstancias posteriores la suma designada llegaba á ser demasiado considerable, debia el tutor hacer que se disminuyese. Si descuidaba estos deberes, se exponia á que, al dar cuenta de la tutela, no se admitiesen todos los gastos que hubiese hecho para la manutencion del pupilo. Con todo, si estos gastos, aunque no se hallasen fijados, fuesen moderados, debian ser admitidos (1).—Nuestro texto se ocupa del caso en que el tutor, en vez de hacer fijar la suma correspondiente para la manutencion, hubiese desaparecido. Entónces es preciso distinguir : si su ausencia ha sido forzada é imprevista, se proveerá hasta su vuelta á la subsistencia del pupilo (2) ; pero si su ausencia procede de negligencia ó de mala fe, si se oculta ó huye, abandonando de esta manera los intereses del pupilo, se le tratará casi como se trata á un deudor que desaparece. Y así como á los acreedores se les pone entónces en posesion de los bienes de su deudor (3), y que á dichos bienes pueden hacer que se nombre un curador para que sean vendidos (4), del mismo modo el pupilo será puesto en posesion de los bienes del tutor, y nombrado inmediatamente un curador á dichos bienes, se venderán las cosas que puedan experimentar deterioro, para con su producto proveer á la subsistencia del pupilo. El tutor ademas podrá ser separado como sospechoso (5). —Deben notarse las expresiones : *copiam sui non faciat*, para decir no presente su persona; y *alimenta*, para designar, no sólo la

(1) D. 27. 2. 2 y 3. f. Ulp.—C. 5. 50.
(2) D. 27. 2. 6. f. Tryf.
(3) D. 42. 2.
(4) Ib. 4.
(5) D. 27. 2. 6.—26. 10. 3. § 14. f. Ulp.

precisa subsistencia del pupilo, sino cuanto se necesita para los demas objetos.

X. Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc *per mendacium dicat*, remittendum eum esse ad præfectum urbi puniendum placuit, sicut ille remittitur qui, data pecunia, ministerium tutelæ redemerit.

10. Pero si cuando se presenta, niegan que puede suministrarse alimentos al pupilo por su pobreza, y *si esto es una mentira*, remítasele al prefecto de la ciudad para que sea castigado, como se remite al que, á precio de dinero, obtiene el ministerio de la tutela.

Per mendacium dicat. Aquí se supone que el tutor no desaparece, sino que trata de defraudar al pupilo por medio de mentiras. Un fragmento del Digesto quiere que en este caso se den al pupilo abogados para disputar lo que dice el tutor.—En cuanto al que á precio de dinero obtiene la tutela, esto no puede hacerse sino ganando á los empleados del pretor. Cujacio restablece el texto de esta manera : *Data pecunia ministeriis tutelam redemerit.* Se lee en el Digesto : *Qui tutelam, corruptis ministeriis prætoris, redemerit* (1).

XI. Libertus quoque, si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessise probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.

11. Tambien al liberto, á quien se pruebe que fraudulentamente ha administrado la tutela de los hijos ó nietos de su patrono, se le envia al prefecto de la ciudad para que sea castigado.

En todos estos casos se envia el reo al prefecto de la ciudad, porque es el juez criminal.

XII. Novissime sciendum est eos qui fraudulenter tutelam, vel curam administrant, etiam si satis offerant, removendos esse a tutela, quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat.

12. Debe saberse que los que fraudulentamente administran la tutela ó la curatela, aunque ofrezcan satisdacion, deben ser removidos de la tutela, porque esta satisdacion no varía los malos propósitos del tutor, sino que más bien les facilita los medios de dilapidar la fortuna del pupilo.

La satisdacion ofrece una garantía, pero ésta no es completamente segura; y por otra parte vale más evitar el mal que haber de repararlo.

(1) D. 26. 10. 3. § 15. f. Ulp.

XIII. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

13. Juzgamos sospechoso aq[illegible] que por sus costumbres merece [illegible] tenido por tal. Mas el tutor ó el curador, aunque sea pobre, con tal que esté dotado de fidelidad y diligencia, no ha de ser removido como sospechoso.

No sólo debe prestarse seguridad á la fortuna, sino tambien á la moralidad del pupilo : así se debe separar al tutor que tiene malas costumbres, como al que administra fraudulentamente.

RESÚMEN DEL LIBRO PRIMERO.

(DESDE EL TÍTULO I AL XXVI.)

Del derecho y de la justicia.—Derecho natural, derecho de gentes, derecho civil.

El derecho, *jus* (que se deriva de *jussum*, órden), es, en la accepcion primitiva que le daban los romanos, lo ordenado, ó la órden legislativa, ó en otros términos, la ley (*præceptum commune*, una regla generalmente prescrita). Esta es una accion material, exacta, si se aplica únicamente al derecho positivo, al derecho legislativamente establecido y vigente.

En la época más filosófica de la jurisprudencia romana definian los jurisconsultos el derecho : «*quod semper æquum ac bonum est*», lo que siempre es bueno y equitativo; ó considerándolo en su totalidad : «*Ars boni et æqui*», el arte de lo bueno y equitativo. Esta definicion es absolutamente espiritualista, que se presenta bajo el punto de vista de la razon, y no de la ley positiva; pero es una definicion demasiado vaga, que confunde el derecho con la moral, y que por otra parte se reduce á poner una palabra en lugar de otra; se preguntaba lo que es el derecho, *jus*, y despues se preguntará qué es lo equitativo, *æquum*.

En el progreso de la filosofía moderna es preciso reconocer que el derecho, bajo el punto de vista, no de la ley positiva, sino de la pura razon, es una idea abstracta, difícil de definir, porque las abstracciones no se definen rigorosamente. La nocion más exacta que á nuestro juicio puede darse es decir que el derecho es una concepcion de la razon humana, deducida de las relaciones de

hombre á hombre, segun las cuales tiene uno la facultad de exigir alguna cosa de otro.

Sea como quiera, nosotros debemos considerarlo en esta obra segun el sentido de las ideas romanas.

La justicia es la voluntad de observar siempre el derecho; la jurisprudencia es el conocimiento de este derecho. La primera se define : *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi;* la segunda : *divinarum atque humanarum rerum notitia; justi atque injusti scientia.*

Los preceptos generales del derecho son : *Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.* No estaria completo el derecho si le faltase uno solo de estos preceptos.

El derecho se divide desde luégo en *derecho de las naciones, derecho público* y *derecho privado.*—El *derecho de las naciones* es el que determina los derechos y las obligaciones recíprocas de las naciones en las relaciones que éstas tienen entre sí.—El *derecho público* es el que determina los derechos y las obligaciones recíprocas de una nacion y los individuos que la componen (*quod ad statum rei romanæ spectat*).—El *derecho privado* es el que determina los derechos y las obligaciones recíprocas de los particulares en las relaciones que tienen entre sí (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*).

El derecho privado se descompone, en cuanto á su orígen, en *derecho natural, derecho de gentes* y *derecho civil.* En este sentido es derecho natural (*derecho de los seres animados*) el que la Naturaleza sola inspira á todos los animales (*quod natura omnia animalia docuit*).—El derecho de gentes (*derecho de los hombres*) es la parte del derecho privado que procede de la naturaleza racional y de las relaciones comunes de los hombres, y que se aplica lo mismo á los extranjeros que á los ciudadanos (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*).—El derecho civil (*derecho de los ciudadanos*) es aquella parte del derecho privado que el pueblo ha constituido sólo para sus individuos, y que sólo se aplica á los ciudadanos (*quod quisque populus ipse sibi constituit*).

El derecho que los mismos hombres han constituido puede alterarse; pero el que procede de la naturaleza de las cosas es inmutable.

El derecho privado, en cuanto á la forma bajo la cual se halla establecido, se divide en derecho escrito y en derecho no escrito.

—El derecho escrito es aquel que ha sido establecido por la voluntad expresa del legislador. Se componia entre los romanos de leyes ó populiscitos, de plebiscitos, senado-consultos, constituciones de los príncipes, edictos de los magistrados, y respuestas de los prudentes.—El derecho introducido por los edictos de los magistrados se llama *derecho honorario* ó *derecho pretoriano*, y entónces el derecho establecido por el legislador se denomina, en oposicion al primero, *derecho civil*.—El derecho no escrito es el que se ha introducido por el uso y el consentimiento tácito del legislador. El derecho privado, considerado en cuanto á los objetos de que se trata, se ocupa de las personas, de las cosas y de las acciones.—Tal es la clasificacion de materias en el método de los jurisconsultos romanos.

DE LAS PERSONAS.

La palabra persona (derivada de *persona*, que era la máscara con que los actores de teatro se presentaban en la escena dramática) tiene en el derecho dos acepciones.—En una, que es la más ámplia, designa : «Todo sér considerado como capaz de ser sujeto activo ó pasivo de los derechos; es decir, de tener ó deber derechos.»—En otra acepcion más limitada, la palabra persona designa cada personalidad, cada papel que el hombre es llamado á representar en la escena jurídica; es decir, cada cualidad en virtud de la cual tiene ciertos derechos ó ciertas obligaciones : por eso se dice la persona de padre, de hijo de familia, de marido, de tutor, etc. En este sentido un mismo hombre puede tener á la vez diferentes personalidades ó representar muchas personas.

Las personas, segun el órden de las Instituciones, se consideran y dividen bajo tres aspectos diferentes : 1.° Con relacion á la sociedad general; 2.° Con relacion á la familia; y 3.° Con relacion á su capacidad ó incapacidad.

DIVISION DE LAS PERSONAS CON RELACION Á LA SOCIEDAD GENERAL.

Bajo este primer aspecto es preciso distinguir á los hombres en libres y esclavos, en extranjeros y ciudadanos, en libertinos é ingenuos.

Cuando se trata de juzgar acerca del estado de un hijo segun el

de sus padres, es preciso recordar estas dos reglas generales: 1.° En el matrimonio legítimo sigue el hijo la condicion de su padre; fuera del matrimonio legítimo, la de la madre. 2.° La condicion del padre debe examinarse en el momento de la concepcion, y la de la madre en el momento del nacimiento. Sin embargo, estas dos reglas experimentan algunas excepciones.

Libres ó esclavos.

Se define la libertad: *Naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur;* y la servidumbre: *Constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.* El hombre libre tiene derecho para hacer todo aquello que no se halla prohibido por la ley; mas el esclavo no puede hacer nada sino lo que la ley le permite. Los esclavos son tales por derecho de gentes (*ex captivitate*); por nacimiento (*ex ancillis nostris*), siendo preciso considerar en este caso el estado de la madre; por derecho civil, pues en muchos casos la esclavitud es un castigo, como sucede cuando un hombre libre, mayor de veinte años, se ha dejado vender para tener parte en el precio; pero ni la convencion, ni la prescripcion pueden hacer esclavo á uno.

Ciudadanos ó extranjeros.

El título de ciudadano, desde Antonino Caracalla, correspondia á todos los súbditos del imperio, á excepcion de algunos libertinos. En tiempo de Justiniano no hubo ya ninguna excepcion, y la denominacion de *peregrinus* no existia en el sentido en que se tomaba antiguamente, y sólo se daba á los pueblos que no formaban parte del Estado.

Ingenuos ó libertinos.

El ingenuo es aquel que desde el instante de su nacimiemto ha sido siempre libre. El libertino el que ha dejado de ser esclavo (*qui desiit esse servus*).—Se dice uno ingenuo cuando procede de una madre libre; bastando que ésta lo haya sido en un solo momento de la gestacion, lo que constituye una excepcion en favor de la libertad, hecha á las reglas ordinarias.

Puede uno ser emancipado por medios públicos, como la vindicta, el testamento, ó la manumision en las iglesias; y por medios privados, como entre amigos, por carta, por codicilo, etc. No habia en tiempo de Justiniano ninguna diferencia en cuanto á los efectos, en recibir la libertad por un medio ó por otro.

En los tiempos de Augusto y de Tiberio, las leyes habian fijado límites para las emancipaciones, como resulta de la ley *Ælia Sentia*, de la ley *Furia Caninia*, y de la ley *Junia Norbana*.

La primera contenia muchas disposiciones que pueden clasificarse del modo siguiente : 1.° Prohibia manumitir á un esclavo menor de treinta años, á no ser por vindicta y con aprobacion del consejo; 2.° Creaba una nueva clase de manumitidos, llamados dediticios; Justiniano la derogó en cuanto á estos dos puntos; 3.° Prohibia las manumisiones hechas en fraude de los acreedores; esta prohibicion se conservó; 4.° Prohibia que el señor menor de veinte años pudiese manumitir de otro modo que por vindicta y con aprobacion de un consejo; esta última disposicion se conservó para las manumisiones entre vivos; pero Justiniano en sus Instituciones permitió manumitir por testamento despues de los diez y seis años, y en una novela lo permitió desde que hubiese capacidad de testar, es decir, desde los catorce años.

La ley *Furia Caninia* limitaba el número de esclavos á los que era lícito dar libertad por testamento : esta ley fué derogada por Justiniano.

La ley *Junia Norbana* establecia una tercera clase de manumitidos, que eran los Latinos Junianos; quedó derogada, suprimiéndose toda diferencia entre los manumitidos, y sin tener consideracion ni á su edad, ni á la forma de la manumision, ni al género de propiedad del que manumitia. Eran ciudadanos, y áun se les concedió en una novela el derecho de anillo de oro y el de regeneracion; sólo se diferenciaban de los ingenuos en el derecho de patronato.

Este derecho consistia en tres cosas : 1.° Deberes de obsequio (*obsequia*), que el liberto debia á su patrono, como un hijo á su padre; 2.° Servicios (*operæ*) que le debia cuando los habia prometido como condicion de la manumision; 3.° Derechos de sucesion que tenía el patrono sobre los bienes del manumitido.

Se llaman *statu liberi* los esclavos manumitidos, cuya libertad se hallaba suspendida por un plazo determinado ó por una condicion.

Habia acciones que tenian por objeto sostener que un hombre

era libre ó esclavo, ingenuo ó libertino; debian intentarse ante los magistrados superiores: se les daba el nombre de *acciones perjudiciales,* cuyo nombre se aplicaba á algunas otras acciones.

DIVISION DE LAS PERSONAS CON RELACION Á LA FAMILIA.

Los que componian las familias eran ó *sui juris*, dueños de sí mismos, ó *alieni juris*, sometidos al poder de otro.

Por familia (*familia*) se entendia, en un sentido especial, una sola casa, es decir, el jefe y todas las personas que á él se hallaban sujetas; y en un sentido general, las diversas casas que con un mismo orígen y descendiendo de un jefe comun formaban reunidas una gran familia, aunque cada una de ellas estuviese gobernada por un jefe diferente.

Las personas *sui juris* tomaban el nombre de *pater familias*, si eran hombres (*qui in domo dominium habet*), y el de *mater familias,* si eran mujeres.

Las personas *alieni juris* se hallaban en otro tiempo ó *in potestate* ó *in manus*, ó, en fin, *in mancipio*; pero en tiempo de Justiniano no existian ya los poderes conocidos con los nombres de *manus* y *mancipium*.

La palabra *potestas* designa el poder del jefe de la familia sobre sus esclavos hijos.

Poder del señor sobre sus esclavos.

El poder sobre los esclavos se extendia á la persona y á los bienes. — En cuanto á la persona, el esclavo era considerado como cosa con respecto á los derechos de propiedad de su señor, y podia ser vendido, donado y legado; pero el derecho de vida y muerte no lo tenía ya el señor, pues segun rescripto de Antonino Pío, el señor que mataba á su esclavo era considerado como homicida, y el que trataba con crueldad á sus esclavos estaba obligado á venderlos bajo buenas condiciones.—En cuanto á los bienes, todo lo que el esclavo tenía ó adquiria era de su señor, el cual á veces le dejaba la posesion y goce de un peculio.

Patria potestad.

El poder que tenian los padres sobre los hijos se templó mucho. — En cuanto á la persona, no tenía el padre ni el derecho de vida

y muerte, ni el de exposicion : no podia vender á sus hijos sino recien nacidos cuando á ello se hallase obligado por una extrema miseria. Su poder paterno se reducia á un simple derecho de correccion doméstica.—En cuanto á los bienes, la legislacion ha admitido sucesivamente muchos peculios, sobre los cuales tenía el hijo derechos de propiedad, más ó ménos extensos.

La patria potestad se adquiria, ó por justas nupcias, ó por actos que legitimasen á los hijos naturales, ó por adopcion.

Justas nupcias, concubinato, estupro, contubernio.

Las nupcias, *nuptiæ* (*matrimonium*), son la union del hombre y de la mujer, con la obligacion de vivir en un comercio indivisible (*viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens*).—Las justas nupcias (*justæ nuptiæ, justum matrimonium*) son las nupcias de los que se unen, segun está prescripto por las leyes (*qui secundum præcepta legum coeunt*).

Las justas nupcias producen la patria potestad sobre los hijos y las hijas que de ellas proceden, y sobre los descendientes por varones.

Para que haya justas nupcias es preciso que haya pubertad, consentimiento y *connubium*.—La pubertad se fija á los doce años para las mujeres y catorce para los hombres.—El consentimiento era necesario de parte de los cónyuges y de sus jefes de familia ; y si se trataba de un nieto, no sólo de su abuelo, sino tambien de su padre.—El *connubium* era la capacidad relativa que tenian los dos futuros esposos para unirse entre sí.

Los impedimentos para el *connubium*, y por consiguiente para las justas nupcias, procedian de la cualidad de extranjero que tuviese uno de los cónyuges, del parentesco, de la afinidad, ó de algunas otras causas particulares.

El parentesco tiene el nombre general de *cognacion;* á veces procede de la naturaleza, á veces del derecho civil, y á veces tambien de una y otro.—La cognacion natural conserva el nombre de cognacion propiamente dicha, y es el vínculo que existe entre personas unidas por una misma sangre, y que descienden, ó una de otra, ó ambas de un tronco comun.—La cognacion civil toma el nombre genérico de cognacion, pero se llama especialmente *agnacion*, y es el vínculo que existe entre las personas que son individuos de la misma familia civil.—La afinidad es el vínculo que el matrimonio establece entre las dos cognaciones de los esposos.

La celebracion de las justas nupcias no se hallaba, por regla general, sometida á ninguna formalidad legal, pues bastaban el consentimiento de las partes y la tradicion de la mujer. —A veces, sin embargo, se extendia un acta, ya para comprobar las nupcias (*nuptiales tabulæ, nuptialia instrumenta*), ya para las convenciones relativas á los bienes (*instrumentum dotale*).

A las justas nupcias pueden preceder los esponsales, con cuyo nombre se conocen las promesas recíprocas de futuras nupcias (*sponsio et repromisio nuptiarum futurarum*). —No dan ninguna accion para obligar al matrimonio.

Las justas nupcias se disuelven por la muerte de uno de los esposos, por la pérdida de la libertad ó de los derechos de ciudad, por la cautividad y por el divorcio. —La mujer no puede volverse á casar hasta pasado el año de duelo.

Las nupcias contraidas contra las leyes son nulas y de ningun efecto, y los hijos que de ellas proceden son considerados como habidos de padre no conocido (*spurii*) : la dote queda confiscada, y los culpables son castigados con arreglo á las leyes, si hay incesto ó bigamia.

El concubinato es el comercio lícito de un hombre y una mujer sin que haya matrimonio entre ellos (*licita consuetudo causa non matrimonii*). —Los hijos habidos de ellos tienen un padre conocido, pero no se hallan bajo la patria potestad, y se llaman hijos naturales (*naturales liberi*).

Todo comercio ilícito se denominaba en general *stuprum*, y los hijos que de él procedian *spurii*, y no tenian padre conocido.

La union de los esclavos (*contubernium*) quedaba abandonada á las reglas del derecho natural.

Legitimaciones.

Los actos por los cuales los hijos naturales podian ser legitimados y por consiguiente colocados bajo la patria potestad, eran :

1.° El subsecuente matrimonio del padre y de la madre;

2.° La oblacion á la curia, en cuyo caso no entraba el hijo en la familia ni adquiria derechos sino respecto al padre ;

3.° Por rescripto del príncipe ;

4.° Por testamento.

Estos dos últimos modos fueron introducidos por las novelas de Justiniano.

El efecto producido por estos diversos actos se ha llamado legitimacion. Es indispensable que los hijos á quienes se quiere legitimar consientan en ello, ó al ménos que no se opongan.

Adopciones.

Hay dos especies de adopciones : la adrogacion y la adopcion propiamente dicha. Se distinguen en cuanto á las personas á que se aplican, en sus formas y en sus efectos.

En la adrogacion se adopta á un jefe de familia *sui juris;* en la adopcion á un hijo de familia *alieni juris.*—En otro tiempo habia tambien la diferencia de que los impúberos y las mujeres no podian ser adrogados, pero sí adoptados; pero desde el tiempo de Antonino se permitió la adrogacion de los impúberos bajo ciertas condiciones, y en el de Justiniano tambien la de las mujeres.

La adrogacion se hacía por rescripto del príncipe (*principali rescripto*); y la adopcion, por autoridad del magistrado (*imperio magistratus*).

La adrogacion y la adopcion tenian en otro tiempo por objeto dar la patria potestad sobre el adoptado; pero en tiempo de Justiniano sus efectos eran ordinariamente diversos.—La adrogacion producia siempre la patria potestad: el adrogado pasaba á poder del adrogante con todos sus bienes é hijos, si los tenía.— En cuanto á la adopcion, era preciso distinguir : si el adoptante era un ascendiente (*non extraneus*), se producia la patria potestad ; si era un extraño, sólo adquiria el adoptado los derechos de sucesion *ab intestato*.

Por lo demas, podia adoptarse á cualquiera por hijo ó por nieto.—En este último caso podia designarse á uno de sus hijos como padre del nieto adoptivo (*quasi ex filio*), ó no designar á ninguno (*quasi in certo natus*); la adopcion producia entónces efectos diversos en cuanto á los grados de parentesco, y por consiguiente, en cuanto á las prohibiciones de matrimonio y á todos los demas derechos de familia.

Las cualidades y condiciones necesarias para la adopcion, lo mismo que para la adrogacion, eran las siguientes : El adoptante debia tener el tiempo de la plena pubertad, de más edad que el adoptado : esta regla observada, podia adoptar, cualquiera que fuese su edad; sin embargo, la adrogacion no se permitia fácilmente al que tenía ménos de sesenta años, ó que ya tenía hijos.—

Los impotentes podian adoptar, pero no los castrados.—Las mujeres tampoco, á no ser con autorizacion imperial, y para consolarse de la pérdida de sus hijos.—El adoptado podia serlo en cualquier edad; los libertos sólo podian ser adoptados por sus patronos; los esclavos no podian serlo.—Se necesitaba ademas el consentimiento de las partes; sin embargo, respecto del que era dado en adopcion, bastaba que no se opusiese (*non contradicente*).—En la adopcion de una persona en segundo grado, como procedente de algun hijo (*quasi ex filio*), era preciso el consentimiento del abuelo y del padre adoptantes.

La adopcion podia disolverse, ya emancipando al adoptado, ya dándolo á otro en adopcion. Entónces se rompia todo vínculo en la familia adoptiva, y la adopcion no podia volverse á renovar.

Poder del marido sobre la mujer.

La palabra *manus* designaba el poder que tenía el marido en ciertos casos determinados sobre su mujer. Este poder no existia ya en tiempo de Justiniano.

Poder de mancipium *sobre una persona libre.*

Por *mancipium* se entendia el poder sobre una persona libre adquirido por mancipacion. No estaba en uso, lo mismo que el anterior.

Cómo se disuelve el derecho de potestad.

El derecho de potestad (*potestas*) se disuelve, en cuanto al esclavo, por la manumision;

En cuanto al hijo de familia, por ciertos acontecimientos accidentales, por un acto solemne, ó por ciertas dignidades.

Estos acontecimientos eran: la muerte del jefe, la pérdida de la libertad, ó sólo de los derechos de ciudad, ocurrida al padre ó al hijo: cuando el padre ó el hijo caian en poder del enemigo, la patria potestad no se destruia, sino que sólo se suspendia á causa del derecho de *postliminium*.

Los actos solemnes eran: la emancipacion y la adopcion en ciertos casos; una y otra hacian perder al hijo sus derechos de familia, y no podian verificarse contra su voluntad.

En otro tiempo ninguna dignidad, fuera de la flaminia ó de vestal, podia librar de la patria potestad. Justiniano en sus Insti-

tuciones atribuye este efecto á la dignidad de patricio, y en una novela á todas las dignidades que libraban de la curia. El hijo que de este modo se hacía libre no perdia sus derechos de familia.

El poder del marido (*manus*), y el del señor sobre el hombre libre dado en mancipacion (*mancipium*), podia tambien disolverse, por ciertos modos, que ya no es necesario examinar, en tiempo de Justiniano.

Existen acciones relativas á los derechos de familia, dadas, ya á la mujer, ya al marido ó ya al hijo, con el objeto, ora de hacer reconocer, ora de negar la paternidad, la legitimidad ó la patria potestad. Estas acciones corresponden á la clase de las que se llaman prejudiciales; tambien las habia relativas á los derechos que procedian de la *manus* ó del *mancipium*.

DIVISION DE LAS PERSONAS CON RELACION Á SU CAPACIDAD Ó INCAPACIDAD.

Causas generales ó causas particulares pueden hacer á las personas incapaces de gobernarse ó defenderse.—En el primer caso se las pone en tutela, y en el segundo en curatela.—Pero sólo las personas *sui juris* pueden entrar en tutela ó curatela, y nunca pueden hallarse en ella las que son *alieni juris*.

De las tutelas.

En los primitivos tiempos se daban tutores á las mujeres, cualquiera que fuese su edad, y á los impúberos. La tutela de éstos era la única que ya existia en tiempo de Justiniano.

Se definia: *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

Tutela testamentaria.

Se llama tutela testamentaria (*testamentaria tutela*) la deferida por testamento.

¿Quién tiene derecho de dar un tutor testamentario? Sólo el padre de familia, que tiene este derecho de su patria potestad, y que tambien puede desheredar á sus hijos y designarles, sin embargo, un tutor.

¿Quién puede recibir un tutor testamentario? Los hijos que se hallan bajo la potestad del jefe, y que por muerte de éste deben

quedar *sui juris* é impúberos : entre éstos deben ser comprendidos, en ciertos casos, los póstumos.—Los hijos emancipados no pueden recibirlos; pero, sin embargo, el nombramiento hecho por el padre debe ser confirmado por el magistrado sin más sumaria informacion.

¿Quién puede ser nombrado tutor testamentario? Sólo los ciudadanos con quienes el testador tiene faccion de testamento, aunque no son todos capaces de ser tutores. No lo son las mujeres, los esclavos, los locos, y los menores de veinte y cinco años; sólo son capaces de serlo en la época en que lleguen á ser libres, recobren sus juicios ó sean mayores de veinticinco años.

¿Cómo puede hacerse el nombramiento? Antes ó despues de la institucion de heredero.—Pura y simplemente, ó por tiempo determinado, ó bajo condicion.—Puede comprender muchos tutores.—Pero no puede recaer sobre una persona incierta, ni hacerse para un negocio en particular.

Tutela legítima.

Se llama tutela legítima (*legitima tutela*) en general la deferida por una ley (*quæ ex lege aliqua descendit*), y más especialmente la que procede directamente de las Doce Tablas, ó por consiguiente (*quæ ex lege Duodecim Tabularum introducitur, seu propalam, seu per consequentiam*).

Este género de tutela se verifica cuando falta la tutela testamentaria, ya porque no la ha habido, ya porque ha cesado de pleno derecho ántes de la pubertad del pupilo.

En el sentido especial de la palabra, la tutela de los agnados, la del patrono y de sus hijos son en todo rigor las únicas tutelas legítimas; la primera procede directamente de la ley de las Doce Tablas, y la segunda de ésta por consiguiente.—Por honor á su calidad, el padre emancipador asimilado al patrono era tambien considerado como tutor legítimo.

Tutela legítima de los agnados.—Disminucion de cabeza.

Los agnados eran llamados por la ley de las Doce Tablas á la tutela, con tal que fuesen capaces de administrarla, en el mismo órden que á la sucesion; de aquí procedia la regla siguiente : *Ubi*

emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ. Si habia muchos agnados en el mismo grado, la tutela les era á todos comun.

Con este motivo examinan las Instituciones lo que se entiende por agnados y por cognados, y cómo se pierden los derechos de agnacion y de cognacion.

El estado de ciudadano romano se compone de tres elementos constitutivos : la libertad, la ciudad y la familia.—Tres alteraciones diferentes pueden recaer sobre dicho estado, segun que uno ú otro de los elementos indicados sea afectado.—Estas alteraciones de estado se llamaban disminucion de cabeza (*est capitis deminutio prioris status mutatio*).

Si se pierde el primer elemento (*libertas*), todos los demas se pierden tambien, y el estado de ciudadano se destruye enteramente ; hay gran disminucion de cabeza (*maxima*).

Si se pierde el segundo elemento (*civitas*), se pierde tambien la familia, se destruye el estado de ciudadano romano, y no queda más que la cualidad de hombre libre ; hay una menor ó media disminucion de cabeza (*minor vel media*).

Si sólo se pierde el tercer elemento (*familia*), no se destruye ni la cualidad de hombre libre, ni el estado de ciudadano romano, y sólo se pierde la familia para cambiarla por otra ; únicamente se modifica la posicion de la persona (*status dumtaxat hominis mutatur*) ; hay una pequeña disminucion de cabeza (*minima*).

La influencia que tienen estas alteraciones sobre la cognacion y la agnacion son las siguientes : El vínculo mismo de la agnacion y los derechos que ella da se destruyen por toda disminucion de cabeza.—El vínculo natural de la cognacion no se rompe por ninguna disminucion ; los derechos civiles que á ésta corresponden perecen por la grande y la media, pero no por la pequeña.

Tutela legítima de los patronos.

El patrono y sus hijos son indirectamente llamados por la ley de las Doce Tablas á la tutela del liberto impúbero, porque esta ley los llamaba á la sucesion.

Tutela fiduciaria.

Se llamaban tutelas fiduciarias (*tutelæ fiduciariæ*) las que el uso habia hecho deferir por imitacion de las tutelas del patrono y sus descendientes á ciertas personas sobre los hijos emancipados ántes

de su pubertad.—Se las llamaba fiduciarias, porque eran consecuencia de mancipaciones simuladas, hechas con una *cláusula de fiducia* para obligar al que adquiria de un modo ficticio, ya á manumitir al hijo, ya á remancipar á su padre.

Estas tutelas eran : 1.° la del que adquiria ficticiamente, cuando en ejecucion de la cláusula de fiducia el mismo emancipaba al impúbero.

2.° La del padre emancipador, y despues de su muerte, de sus hijos, cuando el impúbero habia sido remancipado al padre y manumitido por él.—Sin embargo, en este último caso era el padre emancipador por deferencia, y á fin de que no se le hiciese ménos honor que al patrono, calificado de tutor legítimo, y no de tutor fiduciario.

En tiempo de Justiniano, no teniendo lugar la primera de estas tutelas fiduciarias, porque no habia ya mancipaciones simuladas, la segunda, es decir, la de los hijos del padre emancipador, fué la única que conservó el nombre de tutela fiduciaria.

Tutela dada por los magistrados.

Se llama tutela dada por los magistrados (*tutela a magistratibus data*) la deferida por la eleccion de ciertos magistrados.

Se recurria á esta tutela:

1.° Cuando no habia absolutamente ningun tutor, ni testamentario ni legítimo; 2.°, cuando la tutela testamentaria se hallaba suspendida ó interrumpida por una causa cualquiera; 3.°, cuando el tutor testamentario ó el tutor legítimo se excusaban, ó eran destituidos.

Las primeras leyes relativas á esta especie de tutela fueron, respecto de Roma, la ley *Atilia*, y respecto de las provincias, la ley *Julia* y *Titia*, de donde se han derivado los nombres de *tutor Atilianus* y *tutor Juliotitianus*, indicado este último por Teófilo.

Estos tutores en tiempo de Justiniano eran nombrados en Constantinopla por el prefecto y el pretor, cada uno segun su jurisdiccion y en virtud de sumaria informacion.—En las provincias, cuando la fortuna del pupilo excedia de 500 sólidos, eran nombrados por los presidentes con la correspondiente informacion; cuando el caudal de aquél no excedia de esta suma, eran los magistrados particulares de las ciudades los que los nombraban sin justificacion, pero con caucion.

El nombramiento podia comprender muchos tutores; pero no podia estar subordinado á un plazo determinado ó á una condicion.

Administracion y autorizacion (auctoritas) *del tutor.*

Debe el tutor, ántes de tomar la administracion, dar caucion de administrar bien, y hacer inventario de los bienes del pupilo.

Si hay muchos tutores, se confia la administracion, segun los casos, á uno solo ó á todos en comun, ó se divide entre ellos.

El tutor no representa la persona del pupilo; sus atribuciones consisten, ya en obrar por sí mismo, en su propio nombre y sin el pupilo, como una especie de agente de negocios, lo que se llama gestion de los negocios (*negotia gerere*), ya en asociarse á la persona del pupilo que obra por sí mismo, para aumentarla y completarla con su cooperacion, que es lo que se llama prestar su autorizacion (*auctoritatem interponere*).

La autorizacion (*auctoritas*) es la participacion activa del tutor en el acto, á fin de aumentar y completar la personalidad imperfecta del pupilo. No puede darse ni ántes ni despues.

Respecto de esto es preciso distinguir diversos períodos en la edad del impúbero, á saber:

1.° Si es *infans* (no pudiendo hablar todavía), mamando aún ó que hace muy poco ha dejado de hacerlo, segun expresion de Teófilo; 2.°, si es *infanti proximus* (más cerca de la infancia que de la pubertad), hasta cerca de los siete años, segun la jurisprudencia; y 3.°, en fin, si es *pubertati proximus* (más cerca de la pubertad que de la infancia), poco despues de cumplidos los siete años.

En el primer caso, no pudiendo hablar palabra el impúbero ni pronunciar ninguna fórmula solemne, no puede el tutor proceder dando su *auctoritas*, y sólo puede administrar.

En el segundo caso, aunque pueda hablar el impúbero, dicen los jurisconsultos que no tiene todavía ningun conocimiento de los negocios públicos (*nullum intellectum*).—En consecuencia, si obra solo, no puede en todo rigor celebrar ningun acto que sea válido de derecho.—Sin embargo, por un favor especial, y en consideracion que puede pronunciar las fórmulas, se le permite, con la *auctoritas* de su tutor, que verifique ciertos actos que son de su propio interes, como una estipulacion, una crecion ó aceptacion solemne de herencia.—Así en este intervalo procede el tutor administrando muy comunmente los negocios, pero dando tambien á veces

su autorizacion.—Este último partido es el único posible en todos los actos que exigen absolutamente la intervencion personal del pupilo.

En fin, en el tercer caso, dicen los jurisconsultos que el pupilo tiene conocimiento de lo que hace (*aliquem intellectum*), pero que carece de juicio (*animi judicium*).

Por consiguiente, el tutor durante este período debe proceder con preferencia, haciendo obrar al pupilo y prestándole su autorizacion. No debe administrar por sí mismo sino en caso de necesidad, como, por ejemplo, si se halla ausente el pupilo.

Hay más : el pupilo puede verificar por sí solo todos los actos que no exijan más que inteligencia; pero no puede celebrar, sin autorizacion del tutor, los que exigen juicio.—De donde se sigue que puede sin autorizacion de su tutor mejorar su condicion, pero no hacerla peor; es decir, obligar á los otros, pero no obligarse él : adquirir, pero no enajenar. Cuando el contrato hecho por el pupilo sin autorizacion de su tutor puede, como sucede en el de venta, descomponerse en dos actos, de los cuales uno solo exija inteligencia y el otro juicio, el primero es válido, el segundo nulo y el contrato en parte se mantiene y conserva en interes del pupilo; pero cuando el acto que exige juicio es indivisible, como sucede en la aceptacion de una herencia, y no puede prestarse á semejante descomposicion, es completamente nulo si se ha verificado sin autorizacion, aunque pudiese de hecho ser ventajoso al pupilo.

Fin de la tutela.

Para el pupilo acaba la tutela en la pubertad y por las tres disminuciones de cabeza; y entónces, acabando tambien para el tutor, termina absolutamente.

Pero á veces sólo cesa respecto del tutor, que se halla reemplazado por otro.—Esto se verifica : 1.°, por muerte del tutor; 2.°, por su grande ó media disminucion de cabeza (en cuanto á la pequeña no pone fin á la tutela legítima) ; 3.°, por su cautividad (es verdad que en este caso sus derechos sólo se hallan en suspenso) ; 4.°, por espirar el plazo ó cumplirse la condicion ; 5.°, por las excusas ó destituciones.

Tutela sobre las mujeres.

La tutela perpétua en que se hallaban las mujeres principió á

templarse áun en tiempo de la república. Augusto por la ley *Papia Poppea* concedió á las mujeres en ciertos casos el derecho de librarse de ella. En tiempo de Claudio la ley *Claudia* las libró enteramente de la tutela de sus agnados. Esta legislacion existia todavía en tiempo de Gayo y de Ulpiano; pero cayó sucesivamente en desuso, sin dejar de ella el menor vestigio en el imperio de Oriente.

De las curatelas.

La curatela puede verificarse en tres circunstancias bien distintas :

1.° Durante la tutela para los impúberos ;

2.° Desde la pubertad hasta los veinte y cinco años para los adultos : estos últimos no reciben curadores contra su voluntad, á no ser para tomar cuenta á sus tutores para un litigio ó para un pago;

3.° Aun más allá de los veinte y cinco años para los furiosos, insensatos, pródigos, etc.

Sólo la curatela de los furiosos y pródigos es legítima y pertenece de pleno derecho á los agnados;—los demas curadores son nombrados por los mismos magistrados que los tutores;—no pueden darse por testamento; sin embargo, cuando lo han sido, son confirmados.

El tutor se da á la persona y no á los bienes; el curador á los bienes, á un negocio especial, pero no á la persona.—El primero completa la persona imperfecta del pupilo, interponiendo su *auctoritas.* El segundo da sólo su adhesion (*consensus*) á los actos del adulto; por lo demas puede tambien, cuando hay necesidad, obrar solo y en su propio nombre, como una especie de agente de negocios (*negotia gerere*).

La curatela acaba con la causa por la que habia sido establecida.

Satisdacion de los tutores ó curadores.

Los tutores y curadores, á excepcion de los nombrados por testamento ó en virtud de diligencias judiciales, están obligados á dar satisdacion para la seguridad del pupilo ó del adulto.

Tienen éstos una accion subsidiaria contra los magistrados que, encargados de exigir la satisdacion, descuidasen completamente hacerlo, ó hubiesen recibido una seguridad insuficiente. Esta accion se extiende contra los herederos de los magistrados.

Excusas de los tutores ó curadores.

La tutela y la curatela son cargas públicas en el sentido de que todo ciudadano puede ser llamado al desempeño de ellas.

Hay, sin embargo, motivos de excusa por los cuales puede uno quedar dispensado de ellas.

No se hacen valer las excusas por medio de la apelacion: se hacen presentes al magistrado dentro de un plazo determinado; si no las admite, entónces puede apelarse de su sentencia.

Acciones relativas á la tutela ó á la curatela.

La tutela da lugar á muchas acciones.—La accion directa y la accion contraria de tutela (*actio tutelæ directa et contraria*), dadas la una contra el tutor para hacerle que dé cuentas, y la otra al tutor para hacer que se le indemnice de los anticipos que haya hecho.—La accion para las sustracciones hechas en las cuentas (*actio de rationibus distrahendis*), que se da contra el tutor que ha sustraido alguna cosa del patrimonio del pupilo.—Estas acciones no pueden ejercitarse sino cuando acaba la tutela.

La curatela produce tambien la accion *utilis negótiorum gestorum*, y la accion *utilis contraria negotiorum gestorum*: una contra el curador para hacer que dé cuentas, y otra al curador para obtener que se le indemnice. Cuando los menores de veinte y cinco años han sido perjudicados en un negocio que es válido segun el derecho estricto, les concede el pretor un recurso para conseguir con conocimiento de causa (*causa cognita*), que sean completamente restituidos (*restitutio in integrum*).

Algunas acciones son comunes á la tutela y á la curatela; la que se da contra los fideyusores, la que se da contra los magistrados, y, en fin, la acusacion casi-pública contra los sospechosos.

FIN DEL LIBRO I.

EXPLICACION HISTORICA

DE LAS

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

LIBRO SEGUNDO.

TITULUS I.

DE RERUM DIVISIONE.

TÍTULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS.

No hay término que se preste con más flexibilidad á los diversos caprichos del lenguaje que el de *res* en el latin, y *cosa* en castellano. Esta flexibilidad se ha extendido hasta el lenguaje del derecho. Determinemos, sin embargo, el sentido legal de esta palabra.

El hombre, refiriendo á sí cuanto existe, y considerando todos los objetos, tanto animados cuanto inanimados, como sometidos, ó al ménos destinados, á satisfacer sus necesidades ó sus placeres, y como capaces, por consiguiente, de formar para él objeto de un derecho, les ha dado el nombre de cosas (*res*). Tal es el sentido *originario* y *positivo* de esta palabra. En este sentido, en los pueblos en que la esclavitud es conocida, los esclavos, hombres degradados, destinados á las necesidades de los demas, y objetos de los derechos de los otros hombres, han sido colocados en la clase de las cosas.

Sobre la mayor parte de estos objetos reales la ley ha dado derechos ; estos derechos, considerados como objetos convencionales de que pueden los hombres disponer, que se hallan destinados á satisfacer sus necesidades, y que pueden, por consiguiente, llegar

á ser á su vez objetos de otros derechos, han recibido de la legislacion romana la denominacion de cosas (*res*); tal es el sentido *impropio y figurado*.

Así por *cosas* se entienden en el derecho romano todos los objetos corpóreos, considerados como sometidos, ó al ménos destinados, al hombre, y todos los derechos que la ley da sobre dichos objetos (1).

Las personas son todos los seres humanos, ó de pura creacion jurídica, considerados como capaces de ser *sujeto* activo ó pasivo de derechos.

Las cosas son todos los objetos corpóreos, ó de pura creacion jurídica, considerados como capaces de ser *objeto* de ellos.

Estas nociones las hemos suficientemente ilustrado en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, números 3 y 36, páginas 18 y 62.

El jurisconsulto no estudia las cosas para descubrir en ellas su naturaleza y propiedades físicas; las estudia para determinar los derechos que sobre ellas pueden tener los hombres. A veces, sin embargo, la primera de estas consideraciones ejerce un influjo directo sobre la segunda. Así, la naturaleza física del sol, del mar, de las costas, del aire, de los rios, de los animales silvestres, ha fijado los diferentes derechos que sobre estos objetos pueden solicitar los hombres. De la misma manera, segun que una cosa es un individuo distinto ó bien forma una masa que se aprecia en número, peso ó medida, segun que es susceptible ó no de ser utilizada sin ser destruida, de ser dividida sin que se altere su naturaleza, segun que es mueble é inmueble, varian los derechos que forman el objeto de ella. Hé aquí, pues, propiedades corpóreas que el jurisconsulto debe tomar en consideracion. Estas reflexiones generales no pertenecen especialmente á la legislacion romana; pero serán útiles para dar á conocer el aspecto bajo el cual las cosas deben ser consideradas.

Las cuestiones esenciales que deben resolverse son éstas : ¿Cuáles son las diversas especies de cosas que se distinguen en la jurisprudencia? — ¿Cuáles son los diferentes derechos de que las cosas pueden ser objeto? — ¿Cómo se adquieren y se pierden estos derechos?

---

(1) D. 50. 16. 23. f. Ulp.

En esta parte del derecho, como en todas las demas, imprimió el pueblo romano su carácter particular, que la mano del tiempo llegó á borrar completamente. Pocas obras han quedado que nos lo puedan dar á conocer, cuando por otra parte la atencion que se ha aplicado á las personas se ha quitado del estudio de las cosas. Así las nociones históricas acerca de esta materia son ménos comunes y más inexactas. Yo me aprovecharé del manuscrito de Gayo y de otras fuentes para fijar algunas ideas sobre este punto.

De las cosas en tiempo de la ley de las Doce Tablas.

Los fragmentos de las Doce Tablas, que sueltos y aislados han llegado hasta nosotros, son demasiado incompletos para que descubramos si contenia esta ley expresamente una division de las cosas. Sin embargo, la organizacion religiosa y la institucion de los pontífices, que en este tiempo se hallaba en toda su fuerza, no permiten dudar de que hubiese entónces cosas solemnemente consagradas á los dioses (*res sacræ*); de la misma manera, las muchas disposiciones de esta ley sobre funerales (*Hist. del der.*, p. 99, 10.ª tabla) nos declaran que la ley colocaba en una ley distinta de las cosas sagradas la sepultura de los hombres (*res religiosæ*); en fin, la fábula de la muerte de Remo, áun admitiendo que no tenga la menor realidad, prueba al ménos, por el hecho solo de que existia ya en tiempo de las Doce Tablas, que los muros de la ciudad se hallaban protegidos por una sancion legal (*res sanctæ*). Así, esta primera distincion de ciertas cosas separadas del comercio de los hombres, y llamadas por los jurisconsultos *res divini juris*, se remonta hasta el orígen de la legislacion (1). Lo mismo sucede con las cosas públicas (*res publicæ*), y con las cosas comunes, como el mar y sus costas (*res communes*). En cuanto á la cualidad de mueble ó inmueble, que en la mayor parte de las legislaciones modernas suministra la principal clasificacion de las cosas, no formó nunca en el derecho romano la base de ninguna division precisa, aunque á veces se tuviese en consideracion dicha cualidad, y aunque la misma ley de las Doce Tablas hubiese establecido una diferencia entre el uso de un fundo y el de otras cosas (*Hist. del de-*

---

(1) Fuera de las pruebas que presento aquí, aseguran la existencia de esta distincion una infinidad de pasajes de Ciceron, Gesto, Aulo Gelio, etc.

recho, pág. 88, tabla 6.ª; y en la *Gener. del der. romano*, número 46, p. 80).

Propiedad en tiempo de las Doce Tablas.

No hablaré de los diferentes derechos que pueden tenerse sobre una misma cosa, sino sólo del derecho de propiedad. La ley de las Doce Tablas sólo conocia una especie de propiedad; el ciudadano era el único capaz de tenerla: el extranjero no podia aspirar á ella; esta propiedad no podia adquirirse, destruirse, ni pasar de un ciudadano á otro sino en ciertos casos limitados. Los jurisconsultos la llamaron con posterioridad *dominium ex jure Quiritium*, dominio segun el derecho de los romanos, dominio romano; y el que lo obtenia se llamaba *dominus legitimus*, propietario segun la ley (1). Cualquiera que no tenía esta propiedad era reputado como si no tuviese ninguna. La ley no reconocia sus derechos: «*Aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus*» (2).

Modo de adquirir y trasmitir el dominio romano.

Hay un grande error en creer que el dominio romano, segun las Doce Tablas, no podia adquirirse sino de un solo modo. Hay tambien error en creer que entre los modos de adquirir este dominio no hubiese ninguno que fuese natural. La *ocupacion* producia indudablemente este efecto. Sólo por ella se adquirian el botin y los esclavos hechos al enemigo, de que los Quirites se llamaban seguramente propietarios *ex jure Quiritium*. Juzgo tambien, y en breve indicaré mis razones, que la *tradicion natural* se hallaba tambien admitida en ciertos casos. Pues si eran admitidos estos medios naturales de adquirir, por necesidad habian de producir el dominio romano cuando hasta esta época no se conocia otra propiedad.—Hay más: era un modo natural de adquisicion al que servia de tipo la *ocupacion;* porque la lanza era para los romanos el primer medio de adquirir y el símbolo legal del dominio segun la ley.

En cuanto á los medios civiles, habia tambien más de uno, y

(1) Varr. *De r. r.* 2. 10. n. 4.
(2) Gay. 2. § 40.—Cic., 3. *In Verr.*, 2. 12.

todos presentan un carácter particular. En primera línea se coloca el *mancipium*, de que habla un fragmento de las Doce Tablas (*Hist. del der.*, p. 88, 6.ª tabla). Este acto consistia en una enajenacion solemne, que no podia hacerse sino entre ciudadanos romanos, ante testigos ciudadanos, con un peso, una vara de metal, y pronunciando palabras que formaban ley para las partes. En esto no pueden ménos de reconocerse las ventas primitivas de un pueblo en que se recibe el metal al peso (1), que considera á los extranjeros por nada, y que fuera de los combates juzga que no debe tener con ellos ninguna relacion. Por medio de esta solemne enajenacion, el jefe de familia vendia á los individuos que se hallaban bajo su poder, y el marido adquiria el dominio de su mujer. El nombre de *mancipium*, que designaba el acto, se aplicó tambien, por medio de una figura de lenguaje, para designar el derecho que producia (2). Así es que se dice tener una cosa *in mancipio*, por decir que se tiene bajo su dominio.

Pero ¿es cierto que la tradicion en tiempo de las Doce Tablas debia siempre ir acompañada de las formalidades del *mancipium*, y que cuando se hacía simplemente no podia en ningun caso dar el dominio? Es constante, en cuanto á ciertos objetos importantes, como los esclavos y los fundos de tierra, que el propietario, entregándolos sin formalidades, y con intencion de transferir el dominio, no transferia éste en manera alguna, ni dejaba de ser único propietario. ¿Se aplicaba este rigor de forma á los objetos de consumo, á aquellas cosas que diariamente se compran, como los vestidos, el vino y las materias alimenticias?—Difícil es creerlo. Sin duda, cuando el peso y el metal tenian un uso real, cual era el de pesar el precio, se usaban en todas las compras en que eran necesarios; pero cuando no llegaron á ser más que un símbolo, cuando el uso y las leyes añadieron las circunstancias de muchos testigos ciudadanos y de palabras sacramentales, estas formalidades, que vinieron á ser legales, no debieron exigirse en la ventas ó tradiciones de los objetos de poco valor, de que acabamos de hablar (3).

---

(1) Plinio indica expresamente este origen : despues de haber dicho que en los primitivos tiempos se pesaba el metal, añade : *Qua consuetudine in his emptionibus quæ mancipii sunt, etiam nunc libra interponitur*. (Pl. *Hist. nat...*, libro 33, c. 3.)

(2) Lucrecia, 3. 984. —Séneca, ep. 72.

(3) La opinion que emito, contraria á la de muchas autoridades respetables, haria ascender hasta la época de las Doce Tablas, y áun ántes, la distincion de las cosas en cosas para las cuales

Otro medio civil de adquirir el dominio era el uso, palabra á la que es preciso atribuir aquí el sentido de *posesion* (*usus; usus auctoritas*) (1). Cuando una cosa habia sido transmitida por alguno que no era propietario de ella, ó bien cuando habia sido entregada naturalmente, en el caso en que la tradicion natural fuese insuficiente, el que la habia recibido no se hacía propietario de ella; pero si habia disfrutado de ella durante dos años respecto de un fundo, y un año respecto de otras cosas, adquiria el dominio romano por este uso, por esta posesion. Así sucedia que el marido, cuando habia recibido á su mujer por la simple tradicion, se hacía propietario de ella por un año de uso, es decir, de posesion.

El dominio romano se adquiria tambien por una cesion *in jure*. No tenemos ningun fragmento textual de las Doce Tablas que nos hable de este modo de adquirir: no conocemos ni áun el nombre que tenía en dichas Tablas (2); pero sabemos por los *Vaticana fragmenta* que en ellas se hallaba confirmado (*Hist. del der.*, página 90, tabla 6.ª), y no se puede desconocer en él una institucion de aquellos primitivos tiempos. Este modo consistia en un simulacro de litigio que se celebraba ante el magistrado. Aquel á quien se queria ceder el dominio de una cosa, la vindicaba de un modo ficticio como suya; el que queria cederla, no presentaba ninguna objecion, y el magistrado, como si fallase sobre el derecho, declaraba que la cosa pertenecia al que la habia vindicado. Así era co-

---

el *mancipium* era necesario (*res mancipii*), y cosas en las cuales bastaba la simple tradicion (*res nec mancipii*). Confieso que sólo se descubre la huella segura de esta distincion en autores posteriores (Cic. *Pro Flac.* 32), y que estos autores no nos dicen que esta division existiese en tiempo de las Doce Tablas; pero tampoco nos dicen que no existiese. Por otra parte, ¿no tenemos en cierto modo en el mismo *mancipium* un ejemplo de una cosa *nec mancipii*? El metal que constituia el precio de la venta no era mancipado; sin embargo, pasaba al dominio del vendedor.—*En el momento en que corrijo este pliego de prueba, encuentro en Gayo un pasaje que prueba positivamente que las cosas* mancipii *existian bajo las Doce Tablas.* (G. comm. 2. § 47.—Ulp. 11. § 27.—(Nota de la primera edicion.)—Todo despues me ha confirmado en esta opinion, que considero digna de ser puesta fuera de toda duda. (Véase la Inst. 2. § 41.)

(1) No hay conformidad de dictámenes sobre la explicacion de la palabra *auctoritas* usada en las Doce Tablas (*Hist. del der.*, p. 47, tab. 6.ª). Lo que hay de cierto es que las palabras *usus auctoritas*, *usus et auctoritas*, designan el *uso con el fin de adquirir.* Véanse los pasajes de Ciceron en que casi se encuentra el fragmento de las Doce Tablas. «*Quoniam* usus auctoritas fundi biennium *est; sit etiam ædium. Ast in lege ædes non apellantur et sunt:* cæterarum rerum, *quarum annus est usus.*» (Cic. top. 4). Y en otro pasaje dice: *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium; at utimur eodem jure in ædibus, quæ in lege non appellantur.*» (Cic. *Pro Cæs.* 19.)—He propuesto sobre esta expresion, que ha quedado tan oscura, una explicacion que me parece satisfactoria. *Auctoritas*, en el antiguo lenguaje del derecho y en un sentido particular, significa garantia contra la eviccion (*de evictione cautio*). V. Dig. 21. 2. *De evictionibus.* 76. f. Venulej. *Usus auctoritas* es, pues, la garantia que el uso, la posesion de la cosa durante el tiempo convenido, os proporciona contra la eviccion.

(2) En tiempo de Ciceron ya se llamaba este modo de adquirir *in jure cessio* (Cicer. top. 5).

mo áun ántes de las Doce Tablas se hacía la manumision, que en este caso se llamaba *manumissio vindicta*, manumision por vindicta (*por la vindicacion*). No estaria distante de creer que esta expresion fuese general, y que en todos los casos en que una cosa hubiese sido cedida y adquirida por esta vindicacion simulada, se dijese que habia sido adquirida *vindicta*, por la vindicta.

La adjudicacion hecha por el juez era el cuarto medio civil de trasladar el dominio romano. Se verificaba cuando los coherederos ó propietarios de una misma cosa obraban en justicia para hacerla distribuir, ó bien cuando algunos vecinos gestionaban para que se fijasen los límites de sus respectivas propiedades. Cada una de las partes adquiria el dominio romano de lo que se le adjudicaba. Algunos fragmentos del Digesto y muchos pasajes de los autores antiguos prueban que en la ley de las Doce Tablas existia este modo de adquirir (1); pero no sabemos la denominacion que entónces tenía.

En fin, tambien se adquiria el dominio romano en algunos otros casos especialmente determinados por la ley. Tal era el caso de legados (el que se habia hecho *per vindicationem*), respecto del cual decian las Doce Tablas: *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (2) (*V. General. del der. rom.*, p. 126).

Fuera de estos casos limitados, ni el consentimiento de las partes, ni la misma tradicion habrian dado ningun derecho de propiedad, porque no se conocia medio entre ser propietario, segun el derecho de los ciudadanos, y no serlo absolutamente. Tal era la legislacion de las Doce Tablas. Fué modificada cuando los romanos principiaron á admitir algunas relaciones privadas con los extranjeros; el derecho de gentes se introdujo tambien en muchos puntos de dicha ley. Los *Comentarios* de Gayo (lib. 2), y sobre todo un título de las *Reglas* de Ulpiano (tít. 19), nos dan nociones precisas acerca de esta legislacion en tiempo de dichos jurisconsultos. Voy á examinarla en dicha época. Aquí caminarémos en terreno más seguro: los principios y los términos técnicos se nos dan textualmente.

---

(1) D. 10. 2. 1. f. Gayo.—Festo, verb. *Eretum*, para los coherederos.—Cicer. *De leg.* 1. 21.—*Id.* Nonio. verb. *Jurgium*, para los vecinos.

(2) Ulp. Reg. 11. § 14.— Véase tambien la *Hist. del der.*, p. 86, tab. 5.ª

De las cosas en tiempo de Gayo y Ulpiano.

La gran division de las cosas que Gayo establece al principiar esta materia, es la de cosas de derecho divino (*res divini juris*), y cosas de derecho humano (*res humani juris*) (1). La primera clase comprende las cosas sagradas, religiosas y santas; la segunda, las cosas públicas y privadas. Esta distincion procede, como ya hemos probado, de las Doce Tablas. Se descubren, en lo que Gayo nos dice de ella, los vestigios del estado en que se hallaba entónces el imperio romano. Así es que este jurisconsulto establece todavía como principio que una cosa no puede hacerse sagrada sino con autorizacion del pueblo romano (*auctoritate populi romani* (2), pero era el senado el que representaba al pueblo y el que autorizaba (*senatus-consulto facto*). De la misma manera distingue el suelo de Italia del de las provincias : el suelo de Italia se hallaba bajo el dominio de cada ciudadano que lo adquiria; pero el suelo de las provincias (á excepcion del que se hallaba admitido á la participacion del derecho civil romano por la concesion del *jus italicum*) estaba bajo el dominio del pueblo romano respecto de ciertas provincias (*provinciæ populi romani; prædia stipendiaria*); y bajo el del emperador respecto de otras (*provinciæ Cæsaris; prædia tributoria*) (*Hist. del der.*, p. 234 y 235); en cuanto á los particulares que retienen este suelo, sólo tienen de él el goce y posesion, con la obligacion de pagar un tributo anual á manera de una renta. De esto procedian mayores diferencias entre los bienes de Italia y los de las provincias (V. la *General. del der. rom.*, núm. 41, página 67). Gayo sólo indica una de estas diferencias, cual es que en Italia podian los propietarios por la inhumacion constituir sus territorios en la clase de religiosos, porque tales terrenos les pertenecian, miéntras que en las provincias donde el suelo pertenecia al príncipe ó al pueblo, los terrenos no se hacian en todo rigor religiosos por la inhumacion de los particulares, aunque sin embargo eran considerados como tales (3).

La segunda division establecida por Gayo es la de las cosas corpóreas ó incorpóreas (4).

---

(1) Gayo, com. 2. § 2.
(2) Cicer. *Pro domo.*
(3) Gayo, com. 2. § 1 hasta el 12 y 21.
(4) G. 2. § 12 hasta el 15.

En fin, la tercera, la de las cosas *mancipii* y cosas *nec mancipii*. Esta division se halla claramente explicada en los jurisconsultos de aquella época. «Son cosas *mancipii*, dice Ulpiano, 1.°, todos los predios de Italia, ya rústicos, como un fundo; ya urbanos, como una casa; 2.°, las servidumbres de los predios rurales, como los derechos de pasaje (*via*, *iter*, *actus*), los derechos de acueducto y otros; 3.°, los esclavos y los cuadrúpedos, *quæ dorso collove domantur*, que llevan ó arrastran cargas (lo que corresponde á nuestra denominacion de bestias de carga). Las demas cosas son *nec mancipii;* á esta última clase corresponden los elefantes y camellos, aunque pueden ser domados *dorso collove*, porque, segun dice el jurisconsulto, son animales silvestres por su naturaleza (1). Á esta enumeracion hecha por Ulpiàno es preciso añadir una reflexion de Gayo, cual es que las cosas incorpóreas son *nec mancipii*, exceptuándose las servidumbres, aunque no todas, sino sólo las de los predios rústicos (2). Estos últimos por excepcion se colocaban en la clase de *res mancipii*, probablemente como más antiguos y más importantes por la utilidad que prestaban á la agricultura.

La herencia, universalidad de bienes y derechos, y bajo este aspecto cosa incorpórea, aunque comprendiese bienes corpóreos (y áun á veces se la consideraba como persona jurídica), no era cosa *mancipii* (3).—Sin embargo, verémos que el patrimonio íntegro del ciudadano, la universalidad de sus bienes y de sus derechos futuros (*familia sua, id est, patrimonium suum*, dice Gayo; *familia pecuniaque*, dice la fórmula), habia sido considerado como capaz de mancipacion, y que se habia deducido de aquí un medio indirecto de testar (4).

Añadamos aún que no solamente el esclavo, sino tambien el hombre libre, el hijo de familia y la mujer *in manu viri*, eran considerados como *res mancipii*, pues podian pasar á poder de otro por la mancipacion.

Hemos indicado en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, números 40, 41 y 42, p. 66 y sig., la relacion que existe entre la cualidad de cosa *mancipii* y la participacion en el derecho civil, en

(1) Ulp. Reg. 19. 1.—G. 2. 25 y sig.
(2) Gay. 2. 17.
(3) Gay. 2. § 34.
(4) Gay 2. §§ 102 y 104.



el derecho de la ciudad romana. Ninguna cosa puede ser *res mancipii* si no tiene lugar en el derecho civil : por eso el *ager romanus* al principio, y despues el suelo de Italia por extension, fueron los únicos que, siendo inmuebles, tuvieron este carácter : por eso todavía en tiempo de Gayo y Ulpiano el suelo de las provincias fué completamente privado de él, á no ser los territorios á que se concedió el *jus italicum;* véase tambien por qué los camellos y los elefantes, cuyo aspecto solo acredita su orígen extranjero, no eran *res mancipii*, aunque fuesen en realidad bestias de carga.

Pero no admitimos como cosa cierta la recíproca, es decir, que toda cosa admitida á la participacion del derecho civil romano sea por esto solo *res mancipii.* En esto considerariamos como falsa la asimilacion completa hecha entre la cualidad de *res mancipii* y la *participacion en el derecho civil.* Las cosas *mancipii* no son más que una cierta clase de cosas, más particularmente designadas entre las admitidas á la participacion del derecho civil romano, y sometidas á un derecho especial por consecuencia de ciertas consideraciones acerca de su naturaleza é importancia. Sin embargo, los jurisconsultos romanos que conocemos no indican ninguna regla general para determinar cuáles son las cosas *mancipii :* proceden dando la enumeracion de ellas (1).

(1) Se puede observar : 1.º, que todas las cosas *mancipii* sin excepcion son cosas conocidas por los romanos de los primeros tiempos, hasta la incorporacion de la Italia en la ciudad, y comprendidas en la participacion del derecho civil ; 2.º, que todas sin excepcion son cosas que no se consumen por el uso ; pero la recíproca de estas dos proposiciones no es verdadera ; 3.º, que, en efecto, en esta última clase no se habian declarado como cosas *mancipii* sino aquellas que se distinguian especialmente unas de otras y que tenian comunmente más valor ó utilidad. Las razones en que se fundan estas particularidades son : 1.º, despues de la incorporacion de Italia no se comunicó ya á ningun territorio el derecho de ciudad, á no ser excepcionalmente por concesion del *jus italicum :* por lo demas, ningun nuevo objeto fué colocado en la clase de las cosas *mancipii*, porque habiéndose introducido en esta época el derecho de gentes y templado éste la legislacion primitiva, se dió más extension á la simple tradicion ; 2.º, no se habian tomado las cosas *mancipii* sino de la clase de las que no se consumen por el uso, porque siendo los objetos de consumo de uso diario, trasmitiéndose á cada momento de una á otra persona, y estimándose por otra parte por su número, peso y medida, y no individualmente, las formalidades de la mancipacion habrian sido racionalmente impracticables respecto de tales objetos ; 3.º, entre las cosas de no consumo se habian tomado las que especialmente se distinguian unas de otras, porque era preciso que los testigos de la mancipacion pudiesen reconocer la cosa, y declarar que ella era la que habia sido mancipada en su presencia ; 4.º, en fin, no se habia generalmente designado sino las que tenian más valor ó utilidad, pues para objetos de ménos precio, no era necesario recurrir á solemnidades tan rigorosas. Por estas observaciones se explica muy bien por qué no se colocaban entre las cosas *mancipii :* 1.º, los inmuebles fuera de Italia, aunque pudiesen tener grande importancia ; los camellos y los elefantes, aunque fuesen bestias de carga. Hallándose fuera del derecho civil, no podia corresponderles el carácter de cosas *mancipii;* 2.º, el oro y la plata, aunque fuesen materias muy preciosas, pues se aprecian por su ley y peso ; 3.º, las perlas y pedrería, cualquiera que fuese su valor, porque en general no pueden distinguirse bien unas de otras ; 4.º, los perros, los animales silvestres domesticados, etc., aunque pudiesen muchas veces distinguirse unos de otros, y no ser

En cuanto á la diferencia que existia entre cosas *mancipii* y cosas *nec mancipii*, consistia : primeramente, en que las cosas *mancipii* no podian ser transferidas en propiedad por la sola tradicion; era absolutamente precisa la mancipacion ó cualquier otro medio legal, miéntras que para las cosas *nec mancipii* corpóreas bastaba la tradicion natural : en segundo lugar, en que siendo en general las cosas *nec mancipii* más preciosas, su enajenacion se hallaba en muchos casos prohibida, en los que era permitida la de las cosas *nec mancipii*. Así, por ejemplo, las mujeres sometidas á una tutela legítima no podian enajenar las cosas *mancipii* sin autorizacion de su tutor (1).

Propiedad en tiempos de Gayo y Ulpiano.

Al lado del dominio romano, el único que reconoció la ley de las Doce Tablas, se colocó despues una especie de propiedad particular, introducida por el derecho de gentes para templar el rigor del derecho antiguo. «Debo advertir, dice Gayo, que entre los extranjeros el dominio es uno, pues no hay medio entre ser ó no ser propietario. El mismo derecho se hallaba en otro tiempo establecido entre los romanos, pues ó era uno propietario segun la ley romana, ó no lo era absolutamente; pero despues se dividió el dominio de tal modo, que uno podia tener la propiedad romana en una cosa y otro tener esta cosa entre sus bienes (*in bonis habere*)» (2). ¿Cuál es el momento preciso en que fué admitida esta distincion? Se ignora, pero es preciso referirse á la introduccion del derecho de gentes, despues de la conquista de Italia.

El dominio romano se llama *dominium ex jure Quiritium;* la otra propiedad particular no tiene en latin nombre especial, y se la designa expresando el hecho; la cosa está en los bienes (*in bonis*) (3).

Se tiene el dominio romano cuando la cosa ha sido adquirida

---

considerados como objetos de consumo, porque su utilidad era menor ó ménos comun. En cuanto á los bienes que radicaban en las provincias, es preciso no olvidar tampoco esta otra consideracion, cual es que el suelo de las provincias estaba reputado como perteneciente al pueblo romano ó al emperador, y no á los poseedores, los cuales eran considerados como teniendo únicamente una especie de disfrute perpétuo. (V. la *Generalizacion del derecho romano*, n. 42 y 45, p. 69 y 89.)

(1) Gay. 1. § 192.—Ulp. Reg. 11. § 27.—Gay. 2. § 47.

(2) Gay. 2. § 40.

(3) Ib. En griego, Teófilo, Inst. 1. 5. 3., llama á esta especie de propiedad ηεσπότκς βουιτὰριος y de esto los comentadores han derivado *dominium bonitarium*.

conforme á las reglas del derecho civil; se tiene simplemente la cosa *in bonis*, cuando el medio por el cual ha sido adquirida no es del número de aquellos que el derecho civil reconoce como capaces de reproducir la propiedad. Si, por ejemplo, recibís una cosa *mancipii* por la mancipacion ó por cualquiera otro medio legal, una cosa *nec mancipii* por la simple tradicion ó por cualquiera otro medio, adquirís el dominio romano; pero si recibís una cosa *mancipii* por la simple tradicion natural, esta tradicion, que en el derecho primitivo no habria producido ningun efecto, puso despues la cosa entre vuestros bienes (*in bonis*) (1). Tal vez habia otros casos en que se producia igual efecto.

El dominio romano y la posesion de la cosa (*in bonis*) se hallaban muy distantes de dar los mismos derechos. Cuando el dominio romano no se hallaba intacto, es decir, cuando la misma persona tenía la cosa en su dominio romano (*in dominio ex jure Quiritium*), y ademas en sus bienes (*in bonis*), tenía sobre esta cosa los derechos más absolutos; así es que podia : 1.°, usar de ella y percibir todos sus productos; 2.°, disponer de ella como le pareciese por todos los medios legales, y recobrarla de todas las personas en cuyo poder la encontrase. Pero cuando la propiedad natural se hallaba separada del dominio romano, es decir, cuando la cosa, pasando sólo á los bienes de uno, quedaba en el dominio romano de otro, entónces se dividian las ventajas de que acabamos de hablar. La facultad de usarla y de percibir todos sus productos pasaba á aquel que tenía la cosa (*in bonis*) (2); pero la facultad de disponer de ella y de recobrarla correspondia, segun el derecho escrito, á aquel que conservaba el dominio romano. Digo segun el derecho escrito, porque en realidad el propietario del dominio romano no podia ni disponer de la cosa, ni probablemente vindicarla con perjuicio de aquel que la tenía (*in bonis*) (3). En fin, este último, al cabo de cierto tiempo de posesion, adquiria por el uso, es decir, por esta posesion, el dominio romano.

---

(1) G. 2. 41.

(2) Gay. 2. 88.—3. 166.

(3) Hallamos en el Digesto que si alguno ha vendido ó entregado una cosa sin transferir la propiedad de ella y quiere despues vindicar esta cosa del que la ha adquirido, tendrá éste para defenderse una excepcion (*exceptio rei venditæ et traditæ*. D. 21. 3). El Digesto no habla ni ha podido hablar sino del caso en que el vicio primitivo de la venta proceda de que el vendedor en el momento en que ha vendido no era propietario; pero es natural creer que en otro tiempo sucedia lo mismo, cuando el vicio consistia en que no habia habido la *mancipacion* ó la *in jure cessio* exigidas.

Encuentro en las manumisiones una aplicacion notable de estos principios; el que tenía un esclavo al mismo tiempo en su dominio romano y en sus bienes, tenía sobre este esclavo el ejercicio del poder dominical (1) y el derecho de manumitirlo (2); el que tenía al esclavo sólo en sus bienes, tenía sobre él el ejercicio del poder dominical (3), pero no podia manumitirlo á no ser como latino (4); el que tenía sobre el esclavo sólo el dominio romano, teniéndole otro en sus bienes, no tenía sobre él ni el ejercicio ni el poder dominical (5), ni el derecho de manumitirlo, ya sea como latino, ya como ciudadano (6).

En resúmen, se ve que los derechos que resultan de tener la cosa *in bonis* no son tan extensos como los del dominio completo, pues no llevan consigo la facultad de disponer civilmente de la cosa ó de vindicarla, pero que están muy léjos estos derechos de ser inútiles, pues dan el disfrute de la cosa, la facultad de impedir al propietario que se oponga al goce de ella, y el derecho de adquirir el dominio romano al cabo de cierto tiempo.

Modo de adquirir y trasmitir el dominio romano y la posesion in bonis *en tiempos de Gayo y Ulpiano.*

Pues que en aquella época existian en cierto modo dos especies de propiedad, vamos á examinar los medios de adquirir cada una de ellas : necesitamos ver cómo se adquieren la posesion *in bonis* y el dominio romano.

El único medio que conocemos á propósito y preciso para poner las cosas simplemente *in bonis*, es la tradicion natural aplicada á los objetos *mancipii* (7). Nada añadiré á esto, y sin detenerme me haré cargo de los medios de adquirir el dominio romano.

Los medios naturales, como la ocupacion y la reunion de una cosa ú otra como accesion, se hallan largamente explicados por los jurisconsultos : entre ellos se coloca la tradicion en ciertos casos (8).

(1) Gay. 1. 54.
(2) G. 1. 17.
(3) G. 1. 54.
(4) Ulp. Reg. 1. § 16.
(5) G. 1. 54.
(6) Veteris Jurecons. Fragm. de manum. § 11.
(7) Gay. 2 41.
(8) Gay. 2. 65.

«La tradicion, dice Ulpiano, es un modo de enajenar propio de las cosas *nec mancipii*» (1). En efecto, aplicada á estas cosas, produce el dominio romano, miéntras que aplicada á las cosas *mancipii*, las pone simplemente *in bonis*. La tradicion no exige ninguna solemnidad; y puede verificarse áun con extranjeros, pues es de derecho de gentes: sólo puede aplicarse á las cosas corpóreas, que son las únicas capaces de ser entregadas; para transferir la propiedad debe esto hacerse por el verdadero propietario, capaz de enajenar, y por una causa justa, es decir, por una causa que descubra la intencion de transferir la propiedad, y sea conforme al derecho, como, por ejemplo, por causa de venta ó de donacion (2).

En cuanto á los medios civiles, son los siguientes: la mancipacion, la usucapion, la cesion *in jure*, la adjudicacion y la ley. De Ulpiano tomo esta enumeracion, que sin embargo no parece del todo completa (3).

De la *mancipacion* (*mancipatio*). Este acto es el que en la legislacion de las Doce Tablas se llamaba *mancipium*. Posteriormente tomó el nombre de *mancipatio*, *venditio per æs et libram*, y la palabra *mancipium* no expresa más que el derecho producido por la mancipacion, cuya palabra áun más especialmente se halla destinada para designar el poder adquirido de este modo sobre el hombre libre. La mancipacion no podia verificarse sino entre los ciudadanos romanos, los latinos de las colonias, los latinos junianos y aquellos extranjeros á quienes se habia dado el *commercium*, es decir, el derecho de comprar y vender (4). Se verificaba por palabras solemnes, en presencia del que llevaba el peso (*libripens*) y de cinco testigos, todos ciudadanos y púberos. Gayo nos explica estas formalidades: «el que recibia *in mancipio*, por ejemplo, un esclavo, teniéndolo asido dice: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI

(1) Ulp. Reg. 19. 7.

(2) Gay. 2. 19 y 20.

(3) *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, ege.* Varr., que escribia poco tiempo despues de Ciceron, explica así los diferentes medios de adquirir: «*In* (emptionibus) *dominium legitimum sex* (fere res) *perficiunt: si hereditatem justam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, à quo jure civili potuit; aut si usucepit; aut si e præda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit.*» (Varr. *De R. r.* 2. 10.) No entra en el plan de esta obra indicar y comentar las diferencias que parecen existir entre Varron y Ulpiano (Véase nuestra *General.*, núm. 79, pág. 126).

(4) Ulp. Reg. 19. §§ 3 y 4.

EMPTUS EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA; á estas palabras daba golpes en el peso con el metal que daba en forma de precio á aquel de quien recibia la cosa (1). El acto iba ademas acompañado de palabras solemnes que expresaban las convenciones particulares con que las partes formaban el contrato. Para la mancipacion de las cosas muebles es preciso que estas cosas se hallen presentes, y no es posible manciparlas sino en cuanto puedan ser asidas con la mano. En cuanto á los inmuebles no es necesario que se hallen en presencia de las partes, y pueden manciparse muchos á la vez (2). La mancipacion es un modo de enajenar exclusivamente propio de las cosas *mancipii*. Sin embargo, creo justo pensar que si se la hubiese empleado para cosas *nec mancipii*, este acto, inútil y nulo como mancipacion respecto de estas cosas, no impediria, sin embargo, si se ponia la cosa en posesion del que la adquiria, que no hubiese de hecho tradicion, y por consiguiente, traslacion de propiedad. La tradicion áun sería más patente é incontestable, pues se hallaria comprobada por testigos (3); pero no sería la mancipacion, sino la subsiguiente tradicion lo que haria adquirir; y con este motivo es preciso observar que la mancipacion y la tradicion son dos cosas distintas, y que la primera no lleva consigo á la segunda forzosamente y por sí misma (4).

De la *usucapion* (*usucapio*). Este es el medio civil de adquirir, que en las Doce Tablas se llamaba *usus auctoritas*. La usucapion, dice Ulpiano, es la adquisicion de la propiedad por una posesion contínua de uno ó dos años (*domini adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii*); de un año para las cosas muebles y de dos para las inmuebles. Se aplicaba á las cosas *mancipii* y á las cosas *nec mancipii* (5). Tenía lugar en dos casos, á saber: el primero, que era comun á las cosas *mancipii* y *nec mancipii*, cuando de buena fe se habia recibido una cosa de cualquiera que no era propietario de ella. En este caso, sólo se habia recibido la posesion de dicha cosa; pero despues del tiempo requerido para la usucapion,

---

(1) Gay. 1. 119.

(2) Ulp. Reg. 19. 6.

(3) Asi Plinio, queriendo pintar el precio que se daba á cierta clase de perlas muy gruesas llamadas *uniones*, despues de haber dicho que se las conserva casi perpétuamente y que se transmiten á sus herederos, añade que se las mancipa, como se haria con un fundo de tierra (*in mancipatum venit, ut prædium aliquod*) (Pl. *Hist. nat.*, lib. 9. c. 35. *in fin.*). Sin embargo, estas perlas no eran *res mancipii*. V. á Cic. Top. 10.

(4) G. 2. § 204.—4. § 13. Vet. J. R. fr. § 13.

(5) Ulp. Reg. 19 8.

se adquiria el dominio romano. El segundo, que era exclusivamente propio de las cosas *mancipii*, cuando se habia recibido una de estas cosas por la simple tradicion, sin la intervencion de ningun modo legítimo de adquirir, entónces la cosa entraba sólo *in bonis;* pero despues del tiempo requerido para la usucapion se adquiria tambien el dominio romano. Aquí la usucapion tiene por efecto trasformar la posesion *in bonis* en dominio romano (1). La usucapion no se aplicaba á las cosas inmuebles de las provincias; estas cosas inmuebles que no gozaban del derecho civil, no podian ser adquiridas en propiedad; pero, segun los edictos de los presidentes, una posesion de diez ó veinte años daba, respecto de ellas, una prescripcion, medio de mantenerse en posesion (2).

Habia un caso en que la usucapion tomaba un carácter y un nombre particulares; es éste: á veces se emancipaba ó se cedia *in jure* una cosa propia con fiducia (*cum fiducia*), es decir, con una cláusula, mediante la cual el que recibia la cosa se obligaba á devolverla en un caso determinado. Hemos visto un ejemplo de esto en la emancipacion de los niños: esto sucedia tambien cuando se cedia la cosa á un acreedor para seguridad de sus derechos, ó á un amigo, porque la cosa estaria más resguardada en casa de éste (3). Cuando se verificaba este contrato, si el que habia enajenado su casa con reserva de fiducia llegaba á poseerla un año, ya fuese aquélla mueble ó inmueble, volvia á tomar la propiedad por medio de esta posesion. Esta especie particular de usucapion se llamaba *usüreceptio*, nueva toma de propiedad por el uso, es decir, por la posesion (4).

De la cesion in jure (*in jure cessio*). La cesion *in jure* es un modo civil de enajenacion que produce el mismo efecto que la man-

(1) Gay. 2. §§ 41, 42 y 43.

(2) Gay. 2. 46. Advierto en esto una causa que juzgo verdadera. Los pretores de estas provincias estaban encargados de gobernarlas por medio de un derecho que publicaban en sus edictos, y que componian de usos locales, de algunas leyes romanas y de los principios del derecho de gentes. Admitian en las provincias la adquisicion de las cosas muebles por un año de posesion, porque no era contraria á la equidad; y por otra parte, las cosas muebles en cualquier lugar que estuviesen, podian gozar del derecho civil, y hallarse bajo el dominio de los ciudadanos; pero respecto de las cosas inmuebles, que no podian ser propiedad de los particulares, pues el suelo provincial no disfrutaba del derecho civil, y se tenia como pertenencia del pueblo ó del César, la usucapion por el tiempo de dos años, enteramente romana y muy vigorosa, era inaplicable; los presidentes la reemplazaron por una institucion pretoriana en un plazo más equitativo.

(3) Ademas de Gayo, del que tomo estas noticias, veo tambien que Ciceron habla de la fiducia: cita como debe guardar entera fidelidad el que ha recibido alguna cosa con fiducia: «*Si tutor fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris*, si quis fiduciam acceperit, etc.» (Cicero, *Top.* 10.)

(4) G. 2. 59 y sig.

cipacion (1); se aplica á las cosas *mancipii* y á las *nec mancipii*. Hemos dado ya á conocer su carácter; es el remedio ó simulacro de una accion de vindicacion: exige la presencia de tres personas: el que cede la cosa (*in jure cedens*), el que vindica (*vindicans*) y el que declara la propiedad (*addicens*). El que cede es el dueño; el que vindica es la persona á quien se cede; y el que declara la propiedad es el pretor, y en las provincias el presidente (2). Tratábase, por ejemplo, de un esclavo, y aquel á quien se le cedia decia, teniéndole asido: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*, y llenaba las demas fórmulas de la vindicacion: hecho lo cual, el pretor preguntaba al que cedia si por su parte vindicaba al esclavo, y por su negativa ó silencio, no siendo necesario enviar el negocio ante ningun juez, porque no habia litigio, el pretor, fallando él mismo, y declarando el derecho (*jus dicens, addicens*), declaraba que la cosa pertenecia al que la habia vindicado. Vemos, pues, de dónde procede en este acto la denominacion (que no creo fuese la primitiva) de *in jure cessio*, porque las partes estaban, no en juicio delante de un juez (*in judicio*), sino tan sólo delante del magistrado encargado de indicar el derecho (*in jure*). Se ve tambien de dónde procede la palabra *addicere*, adjudicar la cosa indicando el derecho (3). Esto es, dice Gayo, una accion de la ley (*legis actio*); es decir, la aplicacion de una accion de la ley; porque aunque esta cesion sólo era un medio de enajenacion, se verificaba mediante el simulacro de una accion de la ley (la accion *per sacramentum*) con las formalidades de la vindicacion, y por consiguiente, delante de los magistrados del pueblo (*magistratus populi*), ante quienes debian ser presentadas las acciones. La cesion *in jure* no tenía un uso tan frecuente como la mancipacion, porque era bastante inútil recurrir al pretor ó al presidente de la provincia para hacer con más dificultad una enajenacion que podia hacerse por sí misma en presencia de sus amigos (4). Sin embargo, lo que obligaba en muchos casos á

---

(1) G. 2. 22. 59 y sig.

(2) Ulp. Reg. 19. 9 y sig.

(3) La descomposicion etimológica de la palabra *addicere* fija claramente el sentido de ella.—*Ad*, partícula de direccion y de atribucion que indica la direccion dada á la cosa, y la atribucion que de ella se ha hecho: *dicere* expresa el medio empleado, *diciendo* ó *declarando* el derecho. Lo mismo sucede con *adjudicare*: *ad*, direccion y atribucion de la cosa; *judicare*, el medio, juzgando.—Véase, sin embargo, la explicacion que da FESTO acerca de esta palabra: «*Addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo.*»

(4) Gay. 2. 24 y sig.—Id. 4. § 16.

usar la cesion *in jure* era que ni la tradicion, ni la mancipacion podian aplicarse á las cosas incorpóreas (á excepcion de las servidumbres rústicas), miéntras que se podian ceder las cosas *in jure;* por ejemplo, un usufructo, una herencia, la tutela legítima ó la libertad (1). Así hemos ya visto la cesion de la tutela legítima, la de la cualidad de padre, para verificar la adopcion; la de la libertad, para realizar la manumision. Es de observar, sin embargo, que los créditos no podian cederse *in jure*, pues eran ménos susceptibles de tradicion ó mancipacion. Verémos adelante, al tratar de las obligaciones, por qué medios se podian transferir á otros los beneficios de ellas (2).

De la adjudicacion (*adjudicatio*). Lo que hemos dicho de ésta da la primera idea de ella. Conviene observar que aquí las partes se hallan, no *in jure*, ante el magistrado, sino *in judicio*, ante el *juez*. Así este último no atribuye la propiedad declarando el derecho (*non addicit*), sino que la da juzgando (*adjudicat*). Este poder de adjudicar, es decir, de hacer pasar la propiedad de una de las partes á otra, conferido al juez por la legislacion romana, es cosa característica y digna de ser examinada. En el período histórico que examinamos, esto es, en los tiempos de Gayo y Ulpiano, hallándose en toda su fuerza el procedimiento por medio de fórmulas, se trata de un juez nombrado á las partes por el magistrado y revestido de sus poderes por la fórmula. Las fórmulas, que entre otras facultades le conferian la de adjudicar, eran tres: la relativa á la particion de una herencia (*per formulam familiæ ercircundæ*); para la de una cosa comun (*per formulam communi dividundo*); para la fijacion de límites (*per formulam finium regundorum*). Este medio de adquirir el dominio romano es, como los dos anteriores, comun, tanto á las cosas *mancipii* como á las cosas *nec mancipii* (3). — A pesar de este sentido técnico de las palabras *adjudicare*,

---

(1) «*In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus, et tutela legitima*, et libertas» (Ulp. Reg. 19. 11). Si quedasen algunas dudas sobre el modo de manumitir por vindicta, esta última palabra de Ulpiano bastaria para disiparla y para convencer que esta manumision no era otra cosa que la cesion *in jure* de la libertad. Es verdad que algunas ediciones de Ulpiano no contienen esta palabra, y que en lugar de ellas se lee : *et tutela legitima libertæ;* error evidente, porque no sólo la tutela del manumitido era lo que se podia ceder *in jure*, sino cualquier tutela legítima de mujer.

(2) Gay. 2. 38.

(3) Ulp. Reg. 19. 16.

adjudicatio, se encuentran á veces, aunque raras, empleadas para designar el efecto ordinario de una sentencia (1).

De la ley (*lex*). La ley se cita especialmente por Ulpiano como un medio de adquirir comun á las cosas *mancipii* y *nec mancipii*.

Este autor da los ejemplos que siguen : el legado (el que se da por *vindicacion*), en virtud de la ley de las Doce Tablas, y el *caducum*, es decir, aquella parte de una liberalidad testamentaria, que siendo hecha á una persona no casada ó sin hijos, podia hacerse caduca ó caducar (*caducum*) en virtud de la ley PAPIA POPPEA, y podia ser vindicada por los demas herederos ó legatarios que tuviesen hijos. Ulpiano cita tambien acerca de lo mismo el *ereptorium*, es decir, la liberalidad testamentaria que se arrebata por razon de indignidad á la persona á quien se habia hecho, y que se atribuye por la ley, ya á otra persona, ya al fisco (*Hist del der.*, página 255) (2).

En cuanto á los legados, verémos en adelante que habia que hacer distinciones, segun los términos en que se hallaban concebidos. . .

Tales eran los medios civiles de adquirir la propiedad de los objetos particulares. No hablamos todavía de los medios de adquirir la universalidad de bienes : esto lo harémos en adelante cuando examinemos las sucesiones. Quizá parecerá demasiado largo este preliminar; pero cualquiera se convencerá en breve de que era indispensable. Naturalmente nos conduce éste á examinar lo que habia llegado á ser en tiempo de Justiniano el sistema de derecho relativamente á las cosas, y allí nos espera el espectáculo de un cambio casi completo y de la desâparicion definitiva de los antiguos principios.

De las cosas segun las Instituciones de Justiniano.

Superiore libro de jure personarum exposuimus; modo videamus de rebus quæ vel in nostro patrimonio vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quæ-

En el libro anterior expusimos el derecho relativo á las personas; ahora tratemos de las cosas, las cuales ó se hallan en nuestro patrimonio ó fuera de nuestro patrimonio. Mas algunas por derecho natural son comunes á todos, otras son públicas,

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 16. § 5. f. Marc. — 20. 4. *Qui potior.* 12 pr. f. Marc.
(2) Ulp. Reg. 19. § 17.

dam publica, quædam universitatis, quædam nullius pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique adquiruntur sicut ex subjectis apparebit.

otras de universidad ó corporacion cualquiera, otras de nadie, y la mayor parte de particulares, y estas últimas pueden adquirirse por cada cual por várias maneras, como aparecerá en adelante.

La division de cosas, que los comentarios de Gayo y el Digesto presentan como la principal, es la de cosas de derecho divino, y cosas de derecho humano (1). Pero los redactores de la Instituta de Justiniano, dejando á un lado esta distincion, de la que sólo tratan como por accidente, dividen desde luégo las cosas en *cosas fuera de nuestro patrimonio* y *cosas en nuestro patrimonio.*

Están *fuera de nuestro patrimonio*, primeramente las cosas que pertenecen al comun y que no son de nadie en particular (*res publicæ*, en general); en segundo lugar, las que no son realmente de nadie (*res nullius*).

Están *en nuestro patrimonio* las cosas que pertenecen á particulares (*res privatæ*, *res singulorum*).

La palabra *res* es general y se aplica á todas las cosas igualmente: las palabras *bona* y *pecunia* son especiales, y se aplican únicamente á las cosas que se hallan en nuestro patrimonio (2).

De las cosas que pertenecen á comunidades y que no son de nadie en particular. Todas estas cosas, consideradas en general, reciben de los jurisconsultos la denominacion de *res publicæ:* esto se prueba por los comentarios de Gayo y por muchos fragmentos del Digesto (3). Pero se dividen más especialmente en tres especies: en cosas cuyo uso es comun á todos los hombres (*res communes*); en cosas que pertenecen al pueblo (*res publicæ*, propiamente dichas); y en cosas que son de corporaciones (*res universitatis*). Aunque todas estas cosas correspondan á comunidades, no son de nadie en particular; así se las considera como fuera de nuestro patrimonio: «*Nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur*» (4).

I. Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aer, aqua profluens, et mare et per hoc littora

1. Y segun el derecho natural son cosas comunes á todos: el aire, el agua corriente, el mar y sus costas.

(1) Dig. 1. 8. 1.
(2) D. 50. 16. 5. f. Ulp.
(3) D. 1. 8. 1. f. Gay. — 41. 1. 14. f. Nerat. — 50. 16. 17. f. Ulp.
(4) D. 1. 8. 1. f. Gay.

maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur, dum tamen villis, et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.

Á ninguno, pues, le está prohibido acercarse á las costas del mar, pero con tal que se abstenga de ofender á las aldeas, monumentos y edificios, porque no son, como el mar, del derecho de gentes.

Las cosas comunes no se hallan realmente en la propiedad de nadie, y cada cual puede usar de ellas, apropiárselas, y utilizar sus elementos. En esta clase las coloca la misma naturaleza de las cosas : así es físicamente imposible que ninguno se haga propietario del mar, del aire, del sol ó de las estrellas ; pero cualquiera goza tambien de las ventajas que proporcionan estos objetos, y se apropia el agua salada que saca del mar, la cantidad de aire que respira, los rayos de sol que absorbe, y adquiere realmente la propiedad de estos fragmentos, cuando ellos son susceptibles por su naturaleza.

En cuanto á las costas del mar, es preciso hacer algunas observaciones. Se entiende por tal nombre, no ya todos los terrenos adyacentes, sino sólo las orillas sobre las cuales se extienden las olas que alcanzan másléjos : en efecto, esta parte la arrancan las olas al poder del hombre. Celso, sin embargo, juzgaba que las costas que se hallaban dentro del imperio romano correspondian al pueblo romano (1). Pero no era ésta la opinion generalmente adoptada, porque las costas, segun las hemos definido, no se hallaban en el territorio del imperio, sino que se hallaban formando la línea en que termina el territorio. Es verdad que el pueblo tiene derecho de defender su territorio, de vigilar las costas, de oponerse á que sean estas invadidas, y sólo en este sentido debe entenderse la frase de Celso. Considerando en general las costas del mar, se ve que lo mismo que el mar y todas las cosas comunes, no son aquéllas ni pueden ser propiedad de nadie ; pero en las costas, lo mismo que sucede con todas las demas cosas comunes, en que la Naturaleza lo permite, se pueden tomar fragmentos y apropiárselos. Muchas leyes del Digesto consagran el principio de que las construcciones hechas en las costas ó en el mar sobre estacas pertenecen á los que las han hecho. Para esto era preciso obtener un decreto del pretor, que no daba su autorizacion sino en cuanto no perjudicaban en nada ni al uso comun ni á la utilidad privada (2). Si se construia

(1) D. 43. 8. 3. f. Cels.

(2) D. 43. 8, 3 y 4. — 1. 8. 5. f. Gay. — 41. 1. 14. f. Nerat, y 50. f. Pomp.

sin esta autorizacion, cualquier persona á quien perjudicasen tales obras tenía derecho de proceder contra el que las habia edificado (1). Pero á consecuencia de la máxima romana de que es preciso hacer demoler los edificios las ménos veces que se pueda, no se destruian estas construcciones sino en el caso de absoluta necesidad para los usos públicos, y se condenaba al constructor á la indemnizacion de los perjuicios, ó á un censo anual (2).

Siempre que uno se apoderaba de los fragmentos de una cosa comun, la propiedad duraba el tiempo que tardaban en volver á su naturaleza primitiva dichos fragmentos. Pero si se arrojaba de nuevo en la corriente el agua extraida de ella, si las obras construidas en el mar se destruian, si el edificio edificado en la costa se arruinaba, desaparecia todo derecho de propiedad, y los fragmentos, restituidos á su primitivo estado, se hacian comunes. Sucedia con éstos, bajo el aspecto indicado, como verémos respecto de los animales silvestres, cuando vuelven á su primitiva condicion (3).

II. Flumina autem omnia, et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.

2. Todos los rios y puertos son públicos; por tanto, el derecho de pescar en ellos es comun á todos.

Hemos visto que en un sentido general llamaban los jurisconsultos romanos muy comunmente cosas públicas á las cosas comunes á todos los hombres, y áun á las que pertenecen á las ciudades; pero en el sentido propio de la palabra, son cosas públicas aquellas cuya propiedad corresponde al pueblo: «*Sola enim ea publica sunt quæ populi romani sunt*» (4). Entre estas cosas, ademas de las que cita el texto, se colocan tambien las vías pretorianas ó consulares; y las plazas, los campos, los lagos y estanques, cuya propiedad es del pueblo (5). El carácter esencial de las cosas públicas consiste en que, aunque la propiedad sea del pueblo, el uso de ellas es comun á todos. Así vemos que el pretor prohibia por un interdicto que á nadie se impidiese navegar en un rio ó lago público, ni abordar ni descargar en la costa (6). Pero jamas se permi-

(1) El pretor daba contra el constructor un *interdicto útil* (Dig. 43. 8. 2. § 8. f. Ulp.).
(2) D. ib. § 17.
(3) D. 1. 8. 6. f. Marc. — 41. 1. 14. § 1. f. Nerat.
(4) D. 50. 16. 15. f. Ulp.
(5) D. 43. 8. 2. §§ 3. 21. 22. f. Ulp. — D. 43. 14.
(6) D. 43. 14. *Ut in flumine publico navigare liceat.*

tia construir sobre terreno público, si es que esto causaba perjuicio al uso público ó á los particulares. Por eso el pretor expidió muchos interdictos sobre esta materia. Hemos encontrado uno en que se prohibe generalmente que se haga nada en ningun paraje público en que pueda causarse perjuicio á cualquiera (1) : muchos interdictos particulares establecen la misma prohibicion, especialmente en las vías públicas (2). Lo mismo sucede con los rios públicos, en los que el pretor prohibia que se hiciese nada que pudiese perjudicar á la navegacion, á los barcos estacionados, ó que pudiese variar el curso de las aguas (3). Las obras que en nada perjudicaban, no se hallaban prohibidas; sin embargo, ántes de hacerlas debia obtenerse la autorizacion del emperador (4).

Se daba tambien el nombre de cosas públicas á ciertas cosas que eran propiedad del pueblo : tales eran ciertos esclavos (*servi populi romani*) , la minas (*metalla*), los campos (*agri vectigales*) y otros objetos que el pueblo daba en arrendamiento para percibir una renta (*vectigal*), y que se llamaban por esto *vectigalia publica* (5); en fin, el tesoro del pueblo (*ærarium*). Pero estos objetos se diferenciaban mucho de los que al principio hemos examinado : éstos eran públicos, y su uso comun á todo el mundo : los demas se hallaban, propiamente hablando, en el patrimonio del pueblo (*in patrimonio populi*) (6). En cuanto al tesoro del príncipe y á todos los bienes que lo componian (*fiscus*), la diferencia es mayor todavía (7).

III. Est autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.

3. La costa del mar se extiende hasta donde alcanza el flujo del mar en el invierno.

Se dice en el Digesto que Ciceron, siendo árbitro, fué el primero que dió esta definicion ; pero Ciceron la atribuye á Aquilio (8).

IV. Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religa-

4. El uso público de las costas es de derecho de gentes, como el del mismo rio. Y así á cualquiera es lícito abordar con naves, amarrar ca-

(1) D. 43. 8. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.* L. 2. f. Ulp.

(2) D. 43. 8. 7. §§ 20 y 35. — 43. § 2. f. Ulp.

(3) D. 43. tít. 12 y 13. *De fluminibus. Ne quid in flumine publico, ripave ejus fiat, quo pejus navigetur..... quo aliter aqua fluat, atque uti priori ætate fluxit.*

(4) D. 39. 2. 24. f. Ulp. — 43. 12. 1. § 12, f. ejusd.—43. 8. 2. §§ 10 y 16.

(5) 50. 16. 17. § 1. f. Ulp.

(6) 41. 1. 14. f. Nerat.

(7) D. 43. 8. 2. § 4. f. Ulp.

(8) D. 50. 16. 96. f. Cels. — Cic. *Top.* 7.

re, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare: sed proprietas earum illorum est quorum prædiis hærent: qua de causa, arbores quoque in iisdem natæ eorumdem sunt.

bles á los árboles que en ellas se encuentren, y colocar en las mismas sus fardos, lo mismo que navegar por un rio. Mas la propiedad de estas costas corresponde á los dueños de los predios ó terrenos adyacentes, quienes, por consiguiente, tienen la propiedad de los árboles en la misma nacidos.

Usus publicus est. Es preciso observar la diferencia que existe entre la orilla de un rio y las demas cosas públicas; la orilla pertenece en propiedad, no al pueblo, sino á los propietarios ribereños. Sólo el uso de esta orilla es público; y aquí el texto dice *usus publicus est juris gentium.* Las consecuencias de que el uso de la orilla es público, son: que cada uno puede servirse de esta orilla para navegar, pasar, descansar, etc.; las consecuencias de que la propiedad pertenece á los ribereños es, que sólo éstos tienen el derecho de cortar los juncos y las yerbas, cortar los árboles, tomar los frutos, etc. Pero no pueden hacer trabajos que dañen al uso público (1). Por el contrario, nadie puede perjudicar su propiedad, y por ejemplo, el que construyese en la orilla, no sería propietario de la construccion (2).

V. Littorum quoque *usus publicus* juris gentium est, sicut ipsius maris; et ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere in qua se recipiant, sicut retia siccare, et ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse cujus et mare, et, quæ subjacet mari, terra vel arena.

5. Del propio modo el uso de las costas es público y de derecho de gentes, lo mismo que el del mar; y por consiguiente, á cualquiera es lícito construir una cabaña para habitarla, como igualmente secar sus redes y sacarlas del mar. Mas la propiedad de dichas costas puede decirse que no es de nadie, sino del mismo de quien es el mar, y la tierra ó la arena que está debajo.

VI. Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, et si qua alia sunt communia civitatum.

6. Son de una corporacion y no de particulares los objetos que se hallan en las ciudades, como teatros, estadios y otras cosas que son comunes en las ciudades.

Se da el nombre de *universitas* á toda reunion de personas que forman una corporacion, una especie de persona legal. No todos tienen facultades de constituirse en corporacion (*corpus habere*);

(1) D. 43. tit. 12 y 13.

(2) *Qui autem in ripa fluminis ædificat nom suum facit.* D. 41. 1. 15. f. Nerat.

las leyes, los senado-consultos y las constituciones lo prohiben (1). Toda corporacion debe ser establecida ó autorizada por una ley, un senado-consulto ó una constitucion. Entre estas corporaciones se cuentan las ciudades, de las que habla aquí nuestro texto (*civitas municipium*), las curias (*curia*), las asociaciones de ciertos oficios, como el gremio de panaderos (*collegium pistorum*), de los patrones de barco (*collegium naviculariorum*), etc. Estas corporaciones podian poseer, ser propietarias, proceder en justicia (2). Las cosas que les pertenecian debian distinguirse en dos especies muy diferentes: las unas, aunque eran propiedad comun de todos los individuos reunidos, no se entregaban públicamente al uso de cada uno de ellos. La plata, las deudas, los esclavos de la comunidad, por ejemplo, no estaban al servicio ó á la disposicion de cada miembro : estas cosas estaban, hablando en rigor, en el patrimonio de la corporacion (*in patrimonio universitatis*) (3). Las otras eran del uso comun de los individuos y á veces de los extraños; tales eran los estadios ó lugares destinados á los ejercicios de la carrera, los teatros y los baños públicos de las ciudades. Estos son los objetos que las Institutas designan en este caso con el nombre de *res universitatis*.

De las cosas que en realidad á nadie pertenecen (*res nullius*). Estas cosas son: primero, aquellas de que el hombre no se ha apoderado todavía, ó que las ha abandonado del todo (4); segundo, las que están separadas del comercio de los hombres, llamadas cosas de derecho divino, *res divini juris*.

En cuanto á las primeras, son : los objetos que el propietario desecha porque no los quiere (5); los animales silvestres, sus productos, las conchas, las algas marinas, las islas nacidas en la mar, etc. Se dice algunas veces que estas cosas son comunes, porque haciéndose propietario el primero que se apodera de ellas, están expuestas á la ocupacion de cada uno. Neracio dice ademas que las costas del mar no se diferencian bajo este punto de vista de los peces y de los animales silvestres (6). Es preciso, sin em-

---

(1) D. 3. 4. 1. f. Gay.

(2) D. 3. 4. 1. y sig.

(3) Ib. 7. § 1. — D. 1. 8. 6. § 1. f. Marc.

(4) Gayo coloca tambien en esta clase las sucesiones que el heredero no ha aceptado todavía. (D. 1. 8. 1. f. G.); en efecto, miéntras que la aceptacion no se ha hecho, no entran en los bienes de ninguna persona determinada.

(5) *Infra*, § 47.

(6) D. 41. 1. 14. f. Nerat.

bargo, hacer notar una diferencia inmensa. Las cosas comunes, propiamente dichas, á nadie pertenecen y nunca pueden ser de alguno en cuanto á la propiedad; sólo su uso es comun; y si uno se apropia algo de ellas, sólo es de fragmentos, como el agua que coge del mar, y el fragmento del rio sobre el cual se construye. Al contrario, los animales silvestres son susceptibles de ser adquiridos por entero por los particulares, y llegar á ser en realidad cosas privadas. Lo que parece decir Neracio de todas las orillas, es preciso entenderlo únicamente de los fragmentos de rio que pueden ocuparse.

Respecto de las cosas de derecho divino, divídense en cosas sagradas (*sacra*), religiosas (*religiosa*) y santas (*sancta*). Están separadas enteramente del comercio, y no pueden, en general, ser propiedad de alguno.

VII. Nullius autem sunt res, sacræ, et religiosæ, et sanctæ; quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

7. Son cosas *nullius* las cosas sagradas, religiosas y santas; porque lo que es de derecho divino no entra en los bienes de nadie.

VIII. Sacræ sunt quæ rite per pontifices Deo consecratæ sunt, veluti ædes sacræ, et dona quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt; quæ etiam *per nostram constitutionem* alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio, sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit.

8. Las cosas sagradas son aquellas que han sido consagradas solemnemente á Dios por los pontífices, como los edificios consagrados y las donaciones dedicadas al culto de Dios, objetos que por *nuestra constitucion* hemos prohibido enajenar ó empeñar, á no ser por la redencion de los cautivos. Mas si alguno por autoridad propia constituye una cosa como sagrada, no es cosa sagrada, sino profana. El lugar en que un edificio sagrado se halla constituido, el terreno, áun despues de derruido aquél, permanece sagrado, como ha escrito Papiniano.

No trato de explicar aquí, con ocasion de las cosas sagradas, las costumbres religiosas de los romanos que tienen relacion con esta doctrina. Recordaré sólo que es preciso distinguir acerca de esta materia dos épocas bien distintas. Primera: cuando el paganismo reinaba en el imperio; y segunda, la que principia en Constantino, cuando la religion cristiana se hizo religion del Estado. En la primera época eran cosas sagradas aquellas que estaban consagradas á los dioses superiores, y por eso dice Gayo: *Sacræ sunt quæ*

diis superis consecratæ sunt (1). Los sacerdotes de los diferentes dioses hacian la consagracion, y el rito era pagano; cada familia tenía sus cosas sagradas que le eran propias, y sacrificios que les estaban impuestos; estas cosas sagradas y la obligacion de estos sacrificios se trasmitian por perpetuidad de heredero á heredero. En la segunda época las cosas se consagraban á Dios por medio de sacerdotes cristianos, con las ceremonias cristianas. Pero en una y otra época no podia hacerse la consagracion sino en virtud de una ley. Así, al principio era precisa la autorizacion del pueblo, despues la del Senado, y al fin la del Emperador (2). Ulpiano nos dice que un lugar es sagrado cuando el príncipe lo ha dedicado ó permitido dedicarlo (3). En efecto, en tiempo de Ulpiano el príncipe podia todavía, como Emperador y como Soberano Pontífice, autorizar y hacer la consagracion. Lo que acabamos de decir basta para hacer ver que la consagracion era un acto de institucion pública autorizada por el poder legislativo, de manera que los particulares no podian por sola su voluntad hacer cosas cosagradas (*publice consecratæ sunt, non private*).

Las cosas sagradas se separaban del comercio de los hombres; no tenian precio alguno (4); no podian ser vendidas (5), ni hipotecadas, ni adquiridas por el uso, ni podian ser objeto de ninguna estipulacion (6). Un interdicto del pretor prohibia perjudicar en nada un lugar sagrado: *in loco sacro facere, inve eum immittere quid veto* (7), y ademas, por respeto á la religion, todas las obras que en ellos se hubiesen construido debian ser demolidas (8). Se castigaba el sacrilegio con penas muy severas, á veces con ser arrojado á las bestias feroces, con los trabajos de minas ó con el destierro (9).

Per nostram constitutionem. Encontramos en el Código la constitucion á que alude Justiniano. Es relativa á los vasos, á las vestiduras y á los demas objetos muebles consagrados al culto. Jus-

(1) Gay. 2. 4.

(2) Véase, á propósito de las cosas santas, lo que hemos dicho de las adopciones. Véase á Cic. *De legibus*, lib. 2. Véanse tambien los discursos de este orador abogando para que le devolviesen su casa, que habia sido consagrada sin autorizacion real del pueblo. (Cic. *Pro domo.*)

(3) D. 1. 9. 9. § 1. f. Ulp.

(4) Ib. § 5.

(5) Inst. 3. 23. § 5.—D. 18. 1. 6. f. Pomp. y 73. f. Papin.

(6) Inst. 3. 19. § 2.

(7) D. 43. 6. 1.

(8) Ib. 8. 2. § 19. f. Ulp.

(9) D. 48. 13. 6. f. Ulp.—Paul. Sent. 5. 19.

tiniano, repitiendo en esto una regla siempre observada, prohibe enajenar las cosas sagradas y permite á los obispos y demas personas reclamarlas de todas las manos; si han sido fundidas, de hacerse entregar los restos; ó si es posible, el precio. Sin embargo, permite la enajenacion de las cosas para el rescate de cautivos y para la manutencion de los pobres en tiempo de escasez (1). En una novela hace extensivo este permiso á los casos en que fuesen vendidos, para pagar deudas de la iglesia, vasos ú otros objetos supérfluos. Pero no hay ninguna excepcion respecto de los inmuebles (2).

IX. Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem *locum purum* invito socio inferre non licet. In commune vero sepulchrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item, si alienus usufructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum concedente domino, licet inferre; et licet *postea ratum habuerit*, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.

9. Cada cual por su voluntad hace religioso un lugar dando en él sepultura á un muerto. En un terreno *comun y puro* no se puede enterrar contra la voluntad del copropietario. Mas en un sepulcro comun se puede hacer, áun contra la voluntad de los demas. Tambien si ha sido enajenado el usufructo, no podrá el propietario hacer religioso el suelo, á no ser con consentimiento del usufructuario. Se puede enterrar en terreno de otro con permiso del dueño; y áun cuando no diese éste *su ratificacion hasta despues de enterrado* el muerto, el lugar se hace religioso.

En tiempo del paganismo, lo mismo que en el de la religion cristiana, el suelo que habia servido para recoger los restos mortales de un hombre adquiria un carácter religioso. Una ley de las Doce Tablas arreglaba el órden y los gastos de los funerales. En ella se encuentra esta regla de salud pública : no enterreis ni quemeis en la ciudad á ningun muerto (véase la tabla 10, *Hist. del der.*, pág. 98) (3); en el Digesto y en el Código de Justiniano hay muchos títulos dedicados á esta materia (4).

Segun el paganismo, las cosas religiosas eran, como nos dice Gayo, las cosas dedicadas á los dioses Manes (5); en tiempo de Justiniano, el lugar que recogia el cuerpo ó las cenizas de un muerto.—No era religioso todo el campo en que se hallaba un

---

(1) Cod. 1. 2. 21.
(2) Nov. 120. cap. 10.
(3) Cod. 3. 4. 12. Diocl. y Max.
(4) D. 11. 7.—47. 12.—C. 3. 44.—9. 19.
(5) *Religiosæ quæ diis manibus relictæ sunt.* (Gay. 2. § 4.)

sepulcro, sino sólo el lugar que ocupaban los restos mortales (1). Aunque el muerto fuese un esclavo, el paraje se hacía religioso (2) ; pero el sepulcro de un enemigo no lo era, ni el monumento que se hallase vacío (*tumulus inanis*) y que no encerrase ningun muerto (3).

Sólo podia hacerse religioso por inhumacion el terreno de que uno era propietario ; de otro modo, se necesitaba el consentimiento de todo aquel que tuviese cualquiera derecho de copropiedad, de usufructo, de uso ó de servidumbre (4).

Postea ratum habuerit. Lo que significa que si el entierro ha sido hecho clandestinamente, ó contra la voluntad del propietario, y éste no ha dado su consentimiento sino despues del entierro, el lugar será tambien sagrado. Otras ediciones dicen : *Licet postea ratum non habuerit;* el sentido sería que si el propietario, habiendo consentido al principio, no quiere ratificar el entierro sino despues de hecho, el lugar tambien se haria religioso. He seguido la leccion adoptada por Cujacio ; es la del manuscrito de Florencia, y tambien el sentido de la paráfrasis de Teófilo.

El terreno en que se ha enterrado á un hombre sin consentimiento del propietario ó de otro cualquiera que tenga derecho, no es religioso : pero el propietario no puede exhumar y arrojar los huesos sin un decreto pontificio ó la autorizacion imperial : si lo hiciese, se tendria una accion en contra de él (5). Puede, por lo demas, perseguir al que ha hecho el entierro, para obligarle á sacar el cadáver ó pagar el terreno (6).

Un lugar religioso á nadie pertenecia : sin embargo, el que lo habia hecho tal, tenía una especie de derecho, conforme al uso de dicho lugar. Habia sepulturas de familia (*familiaria sepulchra*), ó sepulturas hereditarias (*hereditaria*), en las que todo individuo de la familia ó todo heredero tenía el derecho de enterrar á los suyos ó de ser enterrado (7). Un interdicto del pretor prohibia especialmente que no se molestase al que queria enterrar en un lu-

(1) D. 11. 7. 2. § 5. f. Ulp.
(2) Ib. princ.
(3) D. 47. 12. 4. f. Paul.—Ib. 11. 7. 44. f. Paul.—V. por tanto D. 1. 8. 6. § 5. f. Marc.
(4) D. 1. 8. 6. § 4. f. Marc.—11. 7. 2. § 7. y sig. f. Ulp.—Gayo dice en este particular : *Religiosum nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat.* (G. 2. 6).
(5) La accion de injurias (*injuriarum actio*). D. 11. 7. 8. f. Ulp.—C. 3. 44. 14. Valent. y Teod.
(6) D. 11. 7. 7. f. G. Hay para esto la accion *in factum.*
(7) D. 11. 7. 5. f. Gayo. 6. f. Ulp.—C. 3. 44. 13. Diocl. y Max.

gar sobre el que tenía derecho. La persona molestada podia invocar este interdicto, ó intentar una accion para indemnizarse de los perjuicios (1).

Los terrenos religiosos, separados como todas las demas cosas sagradas del comercio de los hombres, no podian ser vendidos ni dados ni adquiridos por el uso. Aun los mismos que tenian derecho á la sepultura no podian desenterrar los despojos de los muertos ó mudarlos de sitio, á no ser que obtuviesen autorizacion para ello, y entónces el lugar dejaba de ser religioso (2). En fin, la profanacion de las sepulturas se castigaba civil y criminalmente. Civilmente por medio de una accion dada por el pretor (*actio sepulchri violati*). Esta accion era notable porque entraba en el número de las que se llamaban *populares* (*popularis actio*), esto es, podia ser intentada por la persona interesada, y á falta de ésta, por todo ciudadano. El profanador que sucumbia era notado con la señal de infamia y condenado á pagar á la persona que habia intentado la accion una cantidad marcada por el Juez, si esta persona estaba interesada en el sepulcro, y si no, cien sueldos de oro (3). Ademas, podia dirigirse una acusacion criminal contra el profanador. La pena, si se habian extraido los huesos del sepulcro, era la muerte ó el destierro segun la condicion del culpable; en cualquiera otro caso, la relegacion ó la condenacion al metal (4).

Locum purum. Se llama *puro* el lugar que no es ni sagrado ni religioso ni santo (5).

X. Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem murus sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes quibus pœnas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

10. Las cosas santas, como los muros y las puertas, son en cierto modo de derecho divino, y por tanto no se encuentran en los bienes de nadie. Se llaman *santas* las murallas, porque los atentados dirigidos contra ellas son castigados de muerte. Por lo mismo, aquellas partes de las leyes en que se establecen penas contra los que las infrinjan, se llaman *sanciones*.

El verbo *sancire*, sancionar, significa confirmar una cosa, ase-

---

(1) La accion *in factum*. D. 11. 8. 1. § 4.—11. 7. 9. f. Gayo.

(2) D. 11. 7. 39. f. Marc. 44. f. Paul.—Cod. 3. 44. 14. Valent. y Teod.

(3) D. 47. 12.—C. 9. 19. *De sepulchro violato*.

(4) D. 47. 12. 11. f. Paul.

(5) *Purus* autum *locus* dicitur qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus (D. 11. 7. 2. § 4. f. Ulp.)

gurarla de todo atentado por medio de penas; se llama *sanctio*, sancion, la garantía establecida, y *sanctum*, santo, sancionado, lo que así se halla garantido: «*Sanctum est quod ab injuria hominum defensum atque munitum est*» (1). Así se entiende por cosas santas en el derecho romano las que no son ni sagradas ni profanas; pero que se hallan protegidas por una sancion penal (*quæ neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam sunt confirmata*) (2). Estas cosas no son precisamente de derecho divino; pero se las considera como tales, porque se hallan fuera del comercio de los hombres y rodeadas de una especie de veneracion legal: por esto la Instituta de Justiniano, reproduciendo en esta parte la de Gayo (3), dice: *Quodammodo divini juris sunt.*—Entre las cosas ó personas santas se comprenden las leyes, cuya violacion se castiga con diferentes penas (4); los embajadores, que por todos deben ser respetados, bajo pena de ser entregado como esclavo al pueblo que representan (5); los muros y circunvalaciones que se hallan protegidos bajo pena de muerte impuesta contra el que atentase á ellos ó los traspasase, ó aplicase á ellos escalas (6): en fin, las puertas, aunque Plutarco pretende que no eran santas (7). Un interdicto del pretor establecia por punto general que no se hiciese nada capaz de perjudicar á un lugar santo (8).

Hay una particularidad digna de observacion, cual es que las cosas de derecho divino caian en poder del enemigo, y que inmediatamente perdian para los romanos su carácter sagrado, religioso ó santo, el cual no lo recobraban sino por una especie de *postliminium*, cuando se recobraban del enemigo (9).

Ya sólo tenemos que hablar de las cosas que se hallan en nuestro patrimonio, lo que nos conduce á examinar la propiedad segun se hallaba en tiempo de Justiniano. Por lo demas, se ve que no se trata al presente ni de ninguna diferencia entre las tierras de Italia y las de las provincias, ni de cosas *mancipii* ó *nec mancipii*. Todas estas distinciones, que ya sólo existian de nombre, y que la

(1) D. 1. 8. 8. Marc.
(2) Ib. 9. § 3. f. Ulp.
(3) G. 2. 8.
(4) D. 1. 8. 9. § 3. f. Ulp.
(5) D. 50. 7. 17. f. Pomp.
(6) D. 1. 8. 11. f. Pomp.—49. 16. 3. § 17. f. Modest.
(7) Plutarc. Quest. Rom. cap. 17.
(8) D. 4. 6. 2. f. Hermogen.
(9) D. 11. 7. 36. f. Pomp.

situacion y organizacion políticas del imperio, la mismo que la diferencia de los costumbres, habian hecho que realmente desapareciesen, fueron expresamente suprimidas por Justiniano.

De la propiedad en tiempo de Justiniano.

Bajo las leyes de las Doce Tablas no existia más dominio que el dominio romano (*dominium ex jure Quiritium*), posteriormente estableció el derecho de gentes, al lado de este dominio, una especie de propiedad imperfecta y natural (*in bonis habere*); en tiempo de Justiniano desaparecieron tanto el dominio romano como la propiedad imperfecta y natural, no reconociéndose ya más que una sola propiedad, propiedad comun, despojada del carácter enérgico que le habia impreso el derecho primitivo. Sin embargo, conviene no atribuir esta variacion á Justiniano solamente, pues en realidad el dominio romano no existia ya, quedando sólo el nombre. Es notable la constitucion en que Justiniano borra los últimos vestigios de tales diferencias: «Este nombre de dominio *ex jure Quiritium*, dice el emperador, en nada se diferencia de un enigma: en vano se busca este dominio, pues jamas se le encuentra en los negocios reales: es una palabra vana que desde los primeros estudios se presenta á turbar el ánimo de los jóvenes.» Así en la legislacion de la Instituta desaparece ya la distincion entre tener una cosa en su dominio y tenerla en sus bienes; cada cual es propietario absolutamente de los objetos que ha adquirido, cualesquiera que sean estos objetos (1).

No trataré de dar una definicion del dominio segun la legislacion romana, que no encuentro en los textos de los jurisprudentes. Neracio nos dice que ya en su tiempo la palabra *dominium* podia traducirse por *proprietas: — dominium*, dice, *id est proprietas* (2). En efecto, el dominio es la propiedad, porque nos hace una cosa enteramente propia nuestra. No dividiré el dominio en

(1) De nudo jure Quiritium tollendo. *Antiquæ subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos apud quos vel nudum* ex jure Quiritium *nomen vel tantum* in bonis *reperitur: quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec* ex jure Quiritium *nomen quid nihil ab ænigmate disceptat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum et superfluum verbum, per quod animi juvenuum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti, ex primis eorum cunabulis inutiles regis antiquæ dispositiones accipiunt: sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium* (C. 7. 25. const. Just.).

(2) D. 41. 1. 13. f. Nerat.

muchas especies, ni expondré todas las divisiones que los comentadores han imaginado; acabamos de ver que en tiempo de Justiniano el dominio era uno. Pero hay una cosa en que me detendré, cual es determinar los diferentes efectos que produce el dominio. Todos se hallan comprendidos en estas palabras, sacadas en parte de la Instituta : El dominio da sobre la cosa un pleno poder (*plenam in re potestatem*) (1). Se trata de analizar los elementos que componen este poder ; poder de ocupar la cosa, de obtener de ella todos los servicios de que sea capaz, todos los productos, periódicos ó no, todas las creces y aumentos; poder de modificarla, de dividirla, de enajenarla, áun de destruirla, salvas las restricciones legales; y en fin, de reivindicarlas de manos de terceros; todo esto se halla comprendido en el dominio. Los principales de estos diferentes derechos, aquellos á quienes pueden referirse la mayor parte de los demas, son los siguientes : *jus utendi*, es decir, el derecho de hacer de la cosa todo el uso que sea posible, y de obtener de ella todos los servicios de que sea capaz ; *jus fruendi*, el derecho de percibir, no todos los productos y creces, sino todos los frutos que produce : *jus abutendi*, el derecho de disponer de ella, ya enajenándola, ó ya áun destruyéndola; por último, el derecho que viene á ser una sancion de todos los demas, de reivindicarla de manos de cualquier detentador.

Así el propietario de una casa puede habitarla, *jus utendi*, alquilarla y percibir sus rentas, *jus fruendi*; venderla, hacer donacion de ella, demolerla, *jus abutendi*, reclamarla en justicia de cualquier detentador, *jus vindicandi* (2).

Es preciso no atribuir en el lenguaje del derecho romano á la palabra *abuti* la idea que expresa en la mayor parte de las lenguas modernas, esto es, de un uso inmoderado, opuesto á la razon y

(1) Inst. 2. 4. § 4.

(2) Muchos comentadores han definido el dominio *jus utendi, fruendi et abutendi*, *quatenus juris ratio patitur*; esta definicion no es completamente exacta, y por lo demas no pertenece á los jurisconsultos romanos. Las palabras *abuti*, *abusus*, no se encuentran en estos jurisconsultos con tanta frecuencia como podria creerse, aunque sin embargo algunas veces se hallan. Las palabras *usus* y *abusus* son opuestas entre sí. Hablando Ciceron de una mujer á quien su marido habia legado el usufructo de sus bienes, dice que esta mujer no era propietaria del vino ni del aceite, porque no se puede gozar de estas sustancias sino vendiéndolas ó consumiéndolas : luego se le ha legado el *jus utendi*, y no el *jus abutendi : usus enim non abusus legatus est, ea sunt inter se contraria* (Ciceron, top. 50). De la misma manera, dice Ulpiano, hablando de las cosas de que no se puede usar sino consumiéndolas : *in abusu continentur* (Ulp., Reg. 24, 27). Esto basta para hacernos ver que *abusus* en latin llevaba consigo la idea de un uso que destruyese y consumiese la cosa, y no como en castellano la idea de un uso inmoderado.

vituperable. *Abuti*, por su descomposicion etimológica (*ab*, partícula privativa, y *uti*, usar) designa un uso tal de la cosa, que hace cesar y que destruye su uso. Tal es el efecto de la enajenacion y del consumo de la cosa.

Muchos de los derechos que componen el dominio pueden segregarse unos de otros, y pertenecer aún por fracciones á diferentes personas. Pero en todas estas desmembraciones se ha considerado siempre como poder principal, elemento esencial del dominio, el poder de disponer de la cosa (*jus abutendi*); se ha llamado siempre propietario á aquél que tenía este poder; se ha llamado suya la cosa, y se ha dicho que los demas tenian el derecho de usar de la de otro y de percibir los frutos de ella (1).

De la posesion.

No hablaré de la propiedad sin decir algo acerca de la posesion.

Dos títulos, el uno del Digesto y el otro del Código, están dedicados á esta materia (2). La primera observacion que haré es que es preciso distinguir la posesion puramente física, independiente de todo derecho, de la posesion tal como la ley la considera. Estoy convencido de que casi todo lo que se ha dicho en esta materia en las controversias suscitadas, así como los errores que en ella se han cometido, proceden de que comunmente se han confundido estas dos posesiones, y trasladado á la una lo que pertenecia á la otra.

La posesion física, hecha abstraccion de todo derecho, no es más que un hecho, cual es la detencion ú ocupacion real de una cosa. La intencion del detentador y la de los demas para nada entra en ella: basta el hecho para que haya posesion física: «*Ea res facti non juris est*» (3). Esta es la que los jurirconsultos llaman comunmente *nudá detentio*, *naturalis possessio*, *corporalis possessio*. Esta es la que se expresa á veces por estas palabras: *naturaliter possidere in possessione esse* (4). Este hecho no deja, sin embargo, de tener influjo en el derecho.

---

(1) De estas desmembraciones, más ó ménos extensas, han sacado principalmente los comentadores sus divisiones del dominio en *plenum* y *minus plenum*; *directum* y *utile*, etc.

(2) D. 41. 2.—C. 7. 32.

(3) D. 41. 2. 1. § 3.—12. § 1.—17. § 1.—4. 6. 10.

(4) D. 41. 2. 3. § 3. f. Paul.—Ib. 24. f. Javol.—43 16. 1. § 9.—10. 4. 3. § 15.—39. 2. 7.

Pero no es esto lo que se entiende ordinariamente en la ley por posesion propiamente dicha (*possessio*). La posesion ante la ley es no solo un hecho, sino tambien un derecho, y en la que entra por mucho la intencion de las partes. La detencion corporal de una cosa puede no tener lugar: «*Possessio non tantum corporis, sed juris est*» (1). Se expresa por estas palabras: *civiliter possidere; jure civile possidere;* ó simplemente *possidere* (2).

Dos elementos componen esta posesion legal: el hecho y la intencion (3).

El hecho no se halla limitado, como cuando sólo se consideran las cosas físicamente, á la sola detencion ú ocupacion real de la cosa. Hay hecho legal de posesion siempre que la cosa se halla á nuestra libre disposicion. Apelemos á la filología, y la idea aparecerá con toda claridad. *Possessio* (de *posse*, poder), es decir, potestad; *possidere*, tener en su poder propio. Así pues, cuando el propietario, cerca del almacen en que están encerradas las mercancías que quiere entregarme, me da las llaves (4); cuando me manifiesta, declarando que me los entrega, el fundo de tierra (5), el talego de dinero (6), ó los objetos (7) que me cede, aunque yo no los retenga todavía, tengo la posesion de ellos, porque desde aquel instante están en mi poder y bajo mi libre disposicion: «*Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*» (8). Por una lata interpretacion casi semejante, si mi arrendatario, mi mandatario, mi hijo ó mi esclavo retienen un objeto en mi nombre, aunque sean ellos los que verifiquen la detencion real, sin embargo, como lo hacen por mí, no siendo, por decirlo así, más que un instrumento, y como la cosa á los ojos de la ley se halla en cierto modo á mi disposicion, en mi poder, por una persona intermedia, soy yo el que ejerzo el hecho legal de la posesion (9).

En cuanto á la intencion, consiste en la voluntad de poseer la

---

(1) D. 41. 3. 9. § 1. f. Pap.

(2) D. 43. 16. 1. § 9.—10. 4. 3. § 15.—41. 6. 1. § 2.—39. 2. 7. Este último fragmento indica entre *in possessione esse et possidere* la misma diferencia que hemos visto que existe entre *in servitute, in libertate esse*, y *servus esse, liber esse*.

(3) D. 41. 2. 3. § 1. f. Paul.

(4) Inst. inf. § 45.

(5) D. 41. 2. 18. § 2. f. Cels.

(6) D. 46. 3. 79. f. Javol.

(7) D. 41. 2. 51. f. Javol.

(8) D. 41. 1. § 21 f. Paul.

(9) Ib. 9. f. Gayo.

cosa como dueño (*animus possidendi, animus dominii*). Así el arrendatario, el que recibe á préstamo, y el mandatario, aunque retengan la cosa corporalmente, no adquieren la posesion de ella, porque sus intenciones son de tenerla para el dueño. Del mismo modo, el furioso, el niño, la persona dormida no tienen la posesion de la cosa que tienen en sus manos, porque no tienen la inteligencia de este hecho (*intellectus possidendi*) (1). Asimismo el esclavo no puede tener la posesion legal por sí mismo, porque no puede tener ninguna propiedad por sí mismo, y por consiguiente, ninguna intencion de propiedad. Por lo demas, sea de buena ó de mala fe, que uno se juzgue ó no propietario de la cosa, basta para que se la quiera retener en este concepto para que haya posesion. Es cierto que en un caso es una posesion de buena fe, y en otro posesion de mala fe, lo que produce diferencias que más adelante verémos.

Las principales ventajas que se logran de la posesion son: tener el derecho de retener la cosa hasta que otro haya probado en contra nuestra que él es el propietario de ella (2); poder obrar en justicia para conservar ó para hacerse devolver la posesion (3); adquirir la propiedad, ya de las cosas *nullius*, de que uno se apodera primero; ya de cosas que el dueño quiere enajenar en favor nuestro (4); y en fin, en ciertos casos, de adquirir los frutos consumidos, y tambien al cabo de un tiempo determinado, la propiedad de las cosas pertenecientes á otro (5). No siempre están reunidos estos efectos; los hay que no pueden verificarse á la vez; dependen de diferentes circunstancias.

Las ventajas de la posesion son, como las del dominio, susceptibles de separarse unas de otras, y concederse á diferentes personas; así, pues, limitándonos á un solo ejemplo, cuando ha sido entregada la cosa en prenda, se la posee siempre legalmente; pero no puede uno hacérsela devolver sin pagar la deuda, y el acreedor que la tiene en prenda posee las acciones que tienden á proteger el derecho de posesion (6). Pero no se debe hacer de estas desmembraciones diversas otras tantas posesiones diferentes. La po-

(1) Ib. 1. § 3.

(2) Inst. 4. 15. 4.

(3) Ib. 3. 4. 5 y 6.

(4) *Infra*, § 12 y sig., 40 y sig.

(5) *Infra*, § 35 y tit. 6.

(6) D. 41. 3. 16. f. Javol.—41. 2. 36. f. Jul. Estas leyes dicen que aquel que ha dado en prenda, posee siempre; que, sin embargo de los derechos de posesion, no le queda otro que el adquirir por el uso; los demas derechos pasan al acreedor.

sesion legal es una como el dominio. Se considera siempre como poseedor á aquel en cuyo nombre retienen los demas; él es quien tiene el *animus dominii;* él es quien adquiere la propiedad por medio de esta posesion (1). Yo sé que Paulo (D. 41. 2. 3. § 21) cuenta tantos géneros de posesion cuantas son las causas que los producen; que distingue la de buena y mala fe; pero sólo son modificaciones accesorias.

La posesion no se aplica sino á los objetos corpóreos: «*Possideri autem possunt quæ sunt corporalia*» (2). Respecto de los objetos incorpóreos, es decir, los derechos, como los del usufructo y servidumbre, no hay en realidad posesion; pero se ha reconocido equitativamente una cuasi-posesion (*quasi possessio*), que tambien consiste en dos elementos: el ejercicio del derecho, y la intencion de ejercerle como dueño de este derecho (3).

De los medios de adquirir la posesion y la propiedad en tiempo de Justiniano.

XI. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus appellatur jus gentium; quarumdam jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere, palam est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia enim jura tunc esse cœperunt

11. Las cosas llegan á ser propiedad de los particulares de muchas maneras. En efecto, se adquiere el dominio, ó por el derecho natural, llamado, como hemos dicho, derecho de gentes, ó por el derecho civil. Para mayor comodidad, es preciso exponer ántes el derecho más antiguo, y éste es evidentemente el derecho natural, que nació con la naturaleza de las cosas, con los mismos hombres, miéntras que los derechos civiles sólo tuvie-

(1) Mr. Savigny publicó en aleman un tratado acerca de la posesion, á cuya celebridad nada pueden añadir mis elogios. He seguido en estos principios generales una parte de sus ideas sin adoptarlas todas. Savigny distingue tres especies de posesion: la posesion corporal, la posesion propiamente dicha, ó posesion pretoriana, posesion *ad interdicta*, y la posesion civil. La posesion civil, pues, sería aquella cuyos efectos dimanan del derecho civil, y no del de gentes ni del derecho pretoriano; estos efectos son la *usucapion;* apoyado en esta division ingeniosa, Savigny cita algunos textos, y con ella resuelve igualmente muchas dificultades. A pesar de esto, no creo que esta division esté en las leyes romanas. La posesion legal producia diferentes efectos segun las diferentes circunstancias; pero en cada una de éstas no se hacía igual número de especies diferentes de posesion. Por otra parte, las ventajas de la posesion podian dividirse como en el caso del acreedor que retenia en prenda; pero cada una de sus separaciones no formaba una especie de posesion. La posesion legal era una: hasta distinguir los fragmentos que en algunos casos se dividen entre diferentes personas, y ayudado por esta division, veo que se resuelven de una manera satisfactoria las dificultades de algunos textos.

(2) D. 41. 2. 3. f. Paul.

(3) D. 4. 6. 23. § 2. f. Ulp.—8. 5. 18. f. Ulp.—8. 1. 20. f. Javol.

cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi cœperunt.

ron orígen cuando empezaron á fundarse ciudades, crearse magistrados y escribirse leyes.

La singularidad de los medios de adquirir el dominio desapareció del todo en tiempo de Justiniano. En primer lugar, se colocan sin titubear los medios naturales : se les coloca ántes de los medios civiles, porque son más antiguos y han debido por necesidad preceder á los otros.

Al frente de estos medios naturales figura la ocupacion, á la cual se refieren los siete párrafos que siguen. Vamos á exponer con este motivo algunos principios generales, despues de los que bastarán enteramente algunas ligeras explicaciones.

Es una ley natural que las cosas que á nadie pertenecen se adquieren por el primero que se apodera de ellas: «*Quod autem nullius est, naturali ratione occupanti conceditur.*» Entónces, de la posesion nace la propiedad, la cual en rigor no tiene otro orígen. «*Dominium ex naturali possessione cœpisse Nerva filius ait*» (1). Para determinar si uno se ha hecho propietario de una cosa por la ocupacion de ella, basta examinar dos puntos : 1.° Si dicha cosa, capaz de caer bajo el patrimonio del hombre, á nadie pertenecia ; 2.° Si se ha adquirido la posesion.

El primer punto nos conducirá á determinar cuáles son las cosas que, aunque capaces de caer bajo el patrimonio de los hombres no pertenecen, sin embargo, á nadie. De esto hemos hablado.

Así, pues, sabemos que la ocupacion se aplica á todos los animales silvestres que gozan de una libertad sin límites, bestias indómitas, aves, peces, y en general cualesquiera que sean; al lado de éstos los jurisconsultos romanos colocan á los pavos reales, los pichones y las abejas, á todos los productos de los animales silvestres, como los nidos de pájaros, la miel de las abejas; á los enemigos y á todas las cosas que les pertenecen, porque para el soldado romano el soldado enemigo y todo lo que posee son cosas *nullius*, destinadas á ser presa suya; á todo lo que se encuentra en el mar ó en sus orillas, como las conchas, las perlas, las piedras preciosas, el coral, las islas nacidas en el mar; finalmente, á los objetos que el propietario ha desechado porque no queria servirse de ellos (2).

---

(1) D. 41. 2. 1. § 1. f. Paul.
(2) Inst. *Infra*, § 47.

El segundo punto nos conducirá á determinar en qué casos se ha adquirido la posesion. Por lo dicho ya, sabemos que se necesita el hecho y la intencion, y que la intencion está en la voluntad de conservar la cosa; que el hecho no consiste especialmente en que retengamos corporalmente la cosa, sino, por regla general, en que la cosa se halle en nuestro poder por un medio cualquiera. Así, pues, poco importa que la fuerza, la astucia, la educacion ó la necesidad sean el lazo que ponga aquella cosa á mi disposicion: el leon que encierro en una jaula, el pez que mantengo en un estanque, el pájaro al que he cortado las alas, el ciervo que he domesticado y enseñado á que vaya y vuelva, las abejas y los pichones que vuelven siempre á la colmena ó al palomar, porque encuentran en ellos un abrigo seguro y satisfechas sus necesidades en el seno de su república ó de su familia, todos estos animales son igualmente propiedad mia, porque están en mi poder, y por lo tanto en mi posesion (1). Del mismo modo es indiferente el lugar en que me he apoderado de la cosa en cuestion. Los romanos proclaman el principio natural de que la caza y la pesca sean lícitas á todos. Si alguno se ha visto impedido de cazar ó de pescar en un paraje público, podrá perseguir en justicia al que le haya opuesto este obstáculo ilegal; tendrá contra él la accion de injurias (*injuriarum actio*) (2). El animal de que se ha apoderado el cazador le pertenece, áun cuando le haya cogido en un terreno ajeno, porque este animal no era propiedad de nadie, y de ningun modo pertenecia al dueño del terreno por donde pasaba (3). Sin embargo, el dueño puede impedir que nadie entre en sus tierras, y si á pesar de su prohibicion entrase alguno, tendrá una accion para perseguir al que ha violado su propiedad (4). Algunos comentadores, y uno de ellos es Cujacio, creyeron que en este caso el cazador no se constituye propietario de lo que toma; pero no debemos admitir esta opinion (5).

Cuando las dos circunstancias que acabamos de explicar están

(1) D. 41. 1. 5. §§ 2. 3. 4. 5. f. Gayo.—D. 41. 2. 3. §§ 14. 15. 16. f. Paul.

(2) D. 47. 10. 13. § 7. f. Ulp.

(3) D. 41. 1. 3. § 1. y f. 5. §§ 2 y 3. Gayo.—D. 47. 2. 26. f. Paul.

(4) La accion de injurias (*injuriarum actio*), dicen la mayor parte de los comentadores, y citan para probarla la ley 13. § 7. f. Ulp. del Digesto, lib. 47. tít. 10. Pero esta ley habla del caso en que injustamente se ha prohibido cazar ó pescar en un lugar público, y no del caso en que cualquiera ha venido á cazar á pesar vuestro en vuestras popiedades. Sólo por analogía, pues, nos es permitido deducir la consecuenuia de un caso para otro.

(5) Sólo se apoya en una induccion sacada de la ley 55. f. Procul. D. 41. 1.

reunidas, esto es, cuando se trata de una cosa *nullius*, y de la que se ha adquirido la posesion, nos hemos hecho propietarios de ella. Si alguno, pues, se apoderase del pájaro que yo he muerto, del ciervo que he domesticado ó de las abejas de mi colmena, cometeria un robo, y yo tendria contra él la accion de hurto (*actio furti*), y el derecho de hacerme restituir mi cosa (1).

Pero esta propiedad, resultado de la posesion, no dura más que lo que dura la misma posesion. Si el leon rompe su jaula y se escapa; si el ave á la que con el tiempo le han crecido las alas, se huye volando; si el ciervo domesticado sacude el yugo de la domesticidad y pierde el hábito de seguir á su amo; si las abejas abandonan la colmena, y los palomos el palomar, se rompe el vínculo que retenia á esos animales en mi poder y dejan de ser mios. La regla que es preciso observar acerca de esto es que la cosa no ha cesado de ser mia hasta que ha vuelto á su estado natural. Así el enemigo que yo he hecho prisionero y que acaba de escapárseme, no habrá dejado de estar en mi poder hasta que se haya vuelto con los suyos. De la misma manera, si las piedrecillas y conchas que he sacado del mar se me caen por el camino sin que lo eche de ver, continúan siendo mias; pero si caen el mar ó en la costa, de modo que pueda decirse que han vuelto á su primitivo estado, dejan desde luégo de pertenecerme.

Tales son los principios generales de la materia: veamos ahora los pormenores que ofrecen las Instituciones.

XII. Feræ igitur bestiæ, volucres, et pisces, id est, omnia animalia quæ mari, cœlo et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras, bestias et volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane qui in alienium fundum ingreditur venandi aut occupandi gratia, potest a domino, si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coerceatur. Cum vero evaserit custodiam tuam, et in liberta-

12. Las fieras, las aves, los peces y todos los demas animales que pueblan el mar, el cielo y la tierra, en el instante mismo en que por alguno son aprehendidos, éste los hace suyos por derecho de gentes: porque lo que no es de nadie, la razon natural lo concede al primer ocupante. No importa que las bestias fieras y las aves hayan sido cogidas en terreno propio ó ajeno. Aunque si el dueño de un terreno ve á alguno que intenta penetrar en él para cazar ó tender sus redes, puede impedirle que entre. Todo animal que hayas cogido es tuyo miéntras tú lo retengas en tu poder. Pero si se escapase y recobrase su li-

(1) D. 10. 2. 8. § 1. f. Ulp.—D. 47. 2. 37. f. Pomp.

tem naturalem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur cum vel oculos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo ut difficilis sit ejus persecutio.

bertad natural, deja de ser tuyo y se hace del primer ocupante. Se entiende que ha recobrado su libertad natural cuando se oculta á tu vista, ó cuando, aunque se halle en tu presencia, es muy difícil perseguirlo (1).

XIII. Illud quæsitum es an si fera bestia, ita vulnerata sit ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit statim esse tuam, et eo usque tuam videri donec eam persequaris. Quod si desieris persequi, desinere esse tuam, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse quam si eam ceperis. Sed posteriorem setentiam nos confirmamus, quia multa accidere solent ut eam non capias.

13. Se ha preguntado si la bestia fiera, herida por tí de tal modo que puedas aprehenderla, se hace tuya inmediatamente. Algunos dicen que al punto se hace tuya, y en tanto que parezca que la persigues; mas si dejas de perseguirla, deja tambien de ser tuya y vuelve á hacerse del primer ocupante. Otros juzgan que no la haces tuya sino cuando la has cogido. Esta última opinion la confirmamos, porque muchos accidentes suelen impedir que te apoderes de ella.

Esta cuestion habia dividido á los jurisconsultos. Gayo nos expone las dos opiniones, atribuyendo la primera á Trebacio, é indicando la segunda como adoptada por el mayor número. La opinion de Trebacio llevaba consigo una consecuencia, cual era, que si miéntras que yo perseguia al animal, alguno se apoderaba de él para hacerlo suyo, cometeria un robo (2).

XIV. Apium quoque natura fera est. Itaque quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres quæ in arbore tua nidum fecerint. Ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, quilibet eximire potest. Plane *integra re*, si prævideris ingredientem in fundum tuum poteris eum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio; alioquin occupantis fit.

14. Las abejas por su naturaleza son silvestres, y así las que se colocan en un árbol tuyo, miéntras tú no las hayas encerrado en tu colmena, no son tuyas, como tampoco lo son las aves que hayan construido su nido en tu árbol. Por lo tanto, si alguno se apodera de ellas y las encierra, se hace dueño de ellas. Sus panales, si han hecho algunos, puede apoderarse de ellos el primero que llegue. Pero si ántes que se *haya tocado á nada* descubres á alguno que entra en tu fundo, tienes derecho para impedirle la entrada. El enjambre que se escapa de tu colmena se juzga que te pertenece miéntras que no lo pierdes de vista y no sea difícil perseguirlo, pues en otro caso se hace del primer ocupante.

(1) Gay. 2. 67.
(2) D. 41. 1. 5. § 1. f. Gay.

Integrare. Es decir, ántes que las abejas ó los panales hayan sido cogidos, porque si ya él se ha apoderado de ellos, le pertenecen como suyos.

XV. Pavonum etiam et columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet quod ex consuetudine evolare et revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque ita quidam mansuetos habent ut in sylvas ire et redire soleant; quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intelligantur donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, tunc cum revertendi consuetudinem deseruerunt.

15. Los pavos reales y las palomas son por naturaleza silvestres; y poco importa que tengan costumbre de salir y volver volando, pues lo mismo hacen las abejas, que por su naturaleza son tambien animales silvestres. Del mismo modo hay tambien algunos ciervos tan domesticados que acostumbran ir á los bosques y volver, aunque tampoco niega nadie que éstos sean naturalmente silvestres. En todos los animales que tienen hábito de ir y volver hay una regla establecida, cual es que están reputados ser tuyos miéntras conservan el espíritu de vuelta. Mas si lo pierden, dejan de ser tuyos y se hacen del primer ocupante. Se juzga que han perdido el espíritu de vuelta cuando han perdido la costumbre (1).

XVI. Gallinarum et anserum non est fera natura: idque ex eo possumus intelligere quod aliæ sunt gallinæ quas feras vocamus, itèm alii sunt anseres quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui aut gallinæ tuæ aliquo casu turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur, et qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum commitere intelligitur.

16. Las gallinas y los ánades no son silvestres por su naturaleza, y una prueba de esto es que hay otras gallinas y otros ánades que se llaman silvestres. Por tanto, si tus gallinas ó tus ánades, asombrados por algun accidente, se huyen volando, aunque hayan desaparecido de tu vista y en cualquier lugar que se hallen, son tuyos y te pertenecen, y el que retenga dichos animales para apropiárselos, se entiende que comete un hurto.

XVII. Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur. Qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipium.

17. Tambien aquellas cosas que tomamos de los enemigos, al punto se hacen nuestras, segun derecho de gentes: por tanto, hasta los hombres libres caen en nuestra servidumbre. Mas los que huyesen de nuestro poder y volviesen con los suyos recobran su antiguo estado.

Este principio lo vemos sancionado en Gayo en estos términos: «*Ea quoque quæ ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra*

(1) Gay. 2. 68.

fiunt» (1); en Celso, que añade una nueva circunstancia, á saber: que los objetos aprehendidos al enemigo no se hacen públicos: «*Et quæ res hostiles apud nos sunt, non publicæ sed occupantium fiunt»* (2). En fin, en Paulo, que los asimila á las demas cosas *nullius:* «*Item bello capta et insula in mari enata, et gemmæ, lapilli..... etc., ejus fiunt qui primus eorum possessionem nactus est»* (3). Sin embargo, hallamos por otra parte leyes que parecen contrarias. El campo tomado al enemigo se hace público, segun Pomponio: «*Publicatur ille ager qui ex hostibus captus sit»* (4). Podriamos citar aún otros muchos fragmentos relativos á las tierras conquistadas. Por lo demas, la historia nos enseña de un modo cierto que estas tierras se hacian públicas (véase *Generalizacion del derecho romano*, número 45, p. 77). A veces se dejaba alguna parte á los vencidos; se distribuia otra á los colonos y veteranos, y las demas se vendian por cuenta del Estado, ó bien se daban en arrendamiento, y en este último caso producian al tesoro público una renta llamada *vectigal* (5). La conciliacion de estas leyes no sería difícil, pues bastaria decir que los objetos muebles aprehendidos en la guerra son del primer ocupante, y los inmuebles del Estado: tal es, en efecto, la opinion que establecen muchos comentadores. Pero otros textos (6) y algunos hechos de historia parece que atribuyen al Estado los muebles y los inmuebles. Para conciliar todas estas ideas, puede decirse en general que los enemigos y los objetos muebles que se arrebatan por conquista eran del primer ocupante cuando se trataba de una ocupacion individual, pero que esta regla se hallaba modificada por la disciplina del ejército respecto del botin hecho en comun. En el campo, en el momento de la marcha, nos dice Polibo, se hacía jurar á los soldados que no defraudarian nada del botin; una parte de ellos corria al saqueo, miéntras que la otra permanecia pronta á dar auxilio. Así este autor nos muestra á Escipion, despues del saqueo

---

(1) Gay. 2. § 69.
(2) D. 41. 1. 51. § 1. f. Cels.
(3) D. 41. 2. 1. § 1. f. Paul.
(4) D. 49. 15. 20. § 1. f. Pomp.
(5) Paulo, hablando de las tierras tomadas á los germanos, dice: *Has possessiones, ex præcepto principali, partim distractas, partim veteranis in præmia adsignatas.....* (D. 21. 2. 11.)
(6) *Divus Commodus rescripsit obsidum bona, sicut captivorum, omnimodo in fiscum esse cogenda* (D. 49. 14. 30. f. Marc.). Otra ley presenta como culpable de peculado, es decir, de robo de los fondos públicos, al que roba el botin. «*Is qui prædam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur.»* (D. 48. 13. 13. f. Modest.)

de Cartagena, haciendo distribuir á las legiones el botin que acababa de hacer; pero reservando para el Estado los caudales públicos que habia encontrado en la ciudad, y los prisioneros, que como cautivos del pueblo romano aplica á las faenas de sus naves (1). En resúmen, respecto de los muebles, ya el botin era distribuido y adjudicada una parte al Estado y á los generales, ya como negocio particular lo adquiria el que lo habia hecho. Respecto de los inmuebles todos se hacian públicos: el suelo correspondia al pueblo ó al César.

XVIII. Item, lapilli, et gemmæ, et cætera quæ in littore inveniuntur, jure naturali, statim inventoris fiunt.

18. De la misma manera las perlas, piedras preciosas y demas objetos semejantes que se hallan en las costas, se hacen al punto, por derecho natural, del que los descubre.

Aquí termina la serie de párrafos relativos al modo de adquirir. Hallarémos más adelante algunas ideas acerca de las islas nacidas en el mar y acerca de los objetos abandonados por su dueño. Algunos comentadores, segun que la ocupacion se aplica á tales ó cuales objetos, forman de éstos otras tantas diferentes especies de adquisicion: *venatio*, *aucupium*, *piscatio*, *occupatio bellica*, *inventio* (2). Pero nosotros vemos en todo esto que la adquisicion de la propiedad procede de dos circunstancias siempre las mismas, á saber: 1.° Que la cosa no fuese de nadie; y 2.° Que se adquiriese la posesion de ella.

Ántes de pasar á la explicacion de los párrafos siguientes hasta el 35, hay un principio comun al cual han sido generalmente acomodados y que importa examinar.

Al lado de la ocupacion han colocado los comentadores del derecho romano otro medio natural de adquirir, que han llamado con una palabra latina degenerada de su acepcion romana, *accessio*, accesion, y que consiste en que el propietario de una cosa principal adquiera naturalmente, por la fuerza misma del hecho, todo lo que se agregue y reuna como accesorio á su cosa.

Esta teoría generalmente admitida continúa siendo adoptada por los jurisconsultos italianos y alemanes de más crédito. Se ha introducido en los códigos modernos, y especialmente en el código

(1) Polib. lib. 10.
(2) Heinn. lib. 2. § 344.

civil frances, en el que hay dos capítulos que tratan particularmente del derecho de accesion (1).

Sin embargo, M. Ducaurroy, uno de nuestros más eminentes profesores de derecho romano, ha puesto en duda que existiese en la legislacion romana el derecho de accesion como medio de adquirir (2); miéntras que por otra parte el derecho de accesion ha sido disputado, no sólo en su existencia histórica, sino áun en su fundamento racional y filosófico.

Vamos á resolver sumariamente estas dos cuestiones.

En cuanto al hecho, la palabra *accesion*, tomada en el sentido que hoy se le da, no pertenece á la legislacion romana. Los comentarios de Gayo, los fragmentos de diversos jurisconsultos, el Digesto y las Institutas, no usan en ninguna parte la palabra *accessio* como designando en general un medio natural de adquirir; exponen casos muy diferentes que pueden referirse á él, pero sin dar nombre especial á un principio comun que los comprendiese á todos. Si la palabra, tomada en este sentido, es extraña á las leyes romanas, lo mismo sucede con más fundamento con la division que los comentadores antiguos han hecho, en accesion natural, artificial ó mixta, segun que lo accesorio se ha reunido á lo principal, por la naturaleza, por el arte ó por una y otra; division inexacta, inútil y no romana.

Pero despues de haber hecho justicia á la palabra (3), vamos á tratar de la cosa; mi opinion es: 1.° Bajo el aspecto histórico, que esta causa de adquisicion existe y está reconocida en la legislacion romana, aunque no esté erigida en modo de adquirir bajo un nombre especial: 2.° Que considerando las cosas filosóficamente, es preciso tambien admitirla (4).

---

(1) Cod. civ., art. 546 y sig.

(2) « 353..... Los jurisconsultos romanos dicen expresamente que las cosas se adquieren *per traditionem* (§ 40. h. t.); que las cosas *nullius* corresponden al primer ocupante (§ 12. h. t.); pero no he leido nunca en ninguno de ellos que la accesion fuese un modo de adquirir, ni que una cosa que llegase á ser accesoria de otra dejase por este solo hecho de pertenecer á su primer dueño. Espero demostrar que los textos deciden realmente lo contrario.—354. Estoy convencido de que la accesion es un hecho que no trasmite nada, y por consiguiente, no adquiere (*no hace adquirir*) á ninguna persona la propiedad de otra.....» etc. (M. DUCAURROY, *Instituciones nuevamente explicadas*, último edicto, t. 1, p. 266.)

(3) Obsérvese que sólo en el derecho romano la palabra *accessio*, como expresion latina tomada en el sentido que se le da actualmente, debe desecharse, porque este sentido es un barbarismo. Esto no impide que en nuestro derecho y en nuestro idioma no esté admitida, ni que exprese la idea.

(4) Bajo este último aspecto de la cuestion puede verse á BENTHAM, *Tratado de la legislacion civil y penal*, 2.ª part., cap. 1, § 3 hasta el 8.

Accessio se usa con frecuencia en las leyes romanas como queriendo significar lo *accesorio*, el objeto reunido accesoriamente, esto es, como dependiente, como apéndice, como parte sometida á una cosa principal. Esta palabra, pues, designa la cosa reunida y no el hecho de la reunion (1); en este sentido la emplearémos siempre : *accesion*, esto es, *cosa accesoria.*

Accedere, *cedere*, son expresiones de uso mucho más frecuente en el derecho romano para significar la idea de seguir la suerte de la cosa principal, ser arrastrado, llevado por ella.

Esto supuesto, hallamos expresada bajo más de una forma por los jurisconsultos romanos la regla que Ulpiano resume lacónicamente en estos términos : *Accessio cedat principali*, que la cesion (la cosa accesoria) siga á la cosa principal (2).

Esta máxima recibe desde luégo su aplicacion en toda disposicion, ya por venta, arrendamiento ú otro contrato, ya por medio de legados ó de otro modo cuando se trata de determinar á qué objetos se extiende la disposicion; la accesion siempre está comprendida en ella con lo principal cuya suerte sigue, á no ser que esté expresamente exceptuada (3). Si las partes revocan la disposicion ó el contrato respecto de lo principal, queda tambien revocado en cuanto á lo accesorio. Y en gran número de casos, aunque no en todos, si lo principal cesa, la disposicion ó el derecho cesan asimismo respecto de los accesorios (4). Observemos, respecto de los legados, que la regla ya citada : *accessio cedat principali*, está

(1) Tal es el sentido de este título del Digesto : *De usuris et fructibus et causis, et omnibus accessionibus* (D. 22. 1.)—Del mismo modo más adelante, § 26.—D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul.—7. 4. 8. y 10. pr. f. Ulp.—34. 2. 19. § 13. f. Ulp. ; 29. f. Florentin, etc., etc.—Igualmente en una multitud de pasajes en los que se emplea para denotar los accesorois incorpóreos de una deuda, como los fideyusores, las prendas, las hipotecas, llamadas *accessiones;* accesiones de la obligacion principal. Véanse las Inst. 3. 20. § 5.—D. 46. 3. 43. f. Ulp.—46. 1. 71. pr. f. Paul.—45. 1. 91. § 4. f. Paul., etc., etc.—Finalmente se halla esta expresion casi sancionada en el sentido de *accessio possessionis*, es decir, reunion de la posesion empezada por una persona, á la posesion continuada por su sucesor; lo que se acerca mucho al sentido gramatical, que comunmente se le aplica en el dia, pues en este caso es el hecho de la reunion de entrambas posesiones el que se halla designado. D. 41. 2. 13 y 14 f. Ulp. y Paul.—44. 3. 14. f. Scev., y generalmente en todo este título : *De diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum.*

(2) Dig. 34. 2. 19. § 13. f. Ulp.

(3) Véase en cuanto á las leyes, Dig. 34. 2. 19. f. Ulp.; 20. f. Paul.; y las leyes de este título.—tít. 30. 41. § 12.—tít. 32. 31 y 66.—33. 6. 15.; 33. 7. 20. § 7.—En cuanto á las ventas : Dig. 18. 1. 47. 48. 49. 78. pr.—19. 1. f. 13. § 31. f. 15. 16. 17, etc., etc.

(4) Esto es cierto respecto de los legados en los que la regla se expresa de este modo en Gayo: «*Quæ accessionum locum obtinent extinguuntur cum principales res peremptæ fuerint*» (Dig. 33. 8. 2. f. Gayo).—Del mismo modo en materia de obligacion en la que la cesacion de la obligacion principal hace cesar todas las accesorias. «*In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberatur; puta adpromissores, hipothecæ, pignora.*» (D. 46. 3. 43. f. Ulp.)

formulada por Ulpiano, y que hasta aquí sólo se trata de determinar la intencion de las partes, ó de arreglar los efectos del acto en materia de contratos ó de disposiciones.

Pero vuelven á hallarse la misma máxima y las mismas expresiones cuando se trata, no de contratos, sino de las consecuencias de la propiedad ó de su adquisicion. En este sentido dice Gayo : « *Omne quod inedificatur solo cedit* » (1), y en sus Institutas bajo una fórmula más general : « *Superficies solo cedit* » (2), y en otra parte respecto de las plantas : « *Plantæ quæ terra coalescunt solo cedunt* »; respecto de las escrituras : « *Literæ quoque, licet aureæ sint, chartis membranisque cedunt* » (3); y los juriconsultos discuten si el lienzo debe considerarse como accesorio de la pintura, ó la pintura como accesorio del lienzo : « *Quidam putant tabulam picturæ cedere; aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere* (4), y otros muchos ejemplos que podria citar, pero que terminaré con estas dos enunciaciones generales de Paulo : « *Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.—Quæcumque aliis juncta, sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohærent, dominus vindicare non potest* (5). Todo esto pone fuera de duda que la regla general y natural : *accessio cedat principali*, estaba recibida y proclamada entre los romanos, en términos idénticos, tanto en materia de propiedad, cuanto en materia de contratos ó disposiciones.

Pero el efecto de esta máxima ¿podia ser el hacer adquirir á una persona la propiedad de otra? Aunque no fuesen siempre iguales los efectos en los diferentes casos, léjos de no encontrar ningun texto en favor de la opinion afirmativa, hé aquí uno del jurisconsulto Paulo, que se expresa con este motivo en términos que no pueden ser más claros : « *In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per prævalentiam, alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli* (mali), *cogar pre-*

---

(1) Dig. 41. 1. 7. § 10. f. Gayo.

(2) Gay. 2. § 73.

(3) Dig. 41. 1. 9. pr. y § 1. f. Gayo.

(4) Más adelante § 34.—Dig. 41. 1. 9. § 2. f. Gayo.—6. 1. 23. § 3. f. Paul.

(5) Ib. 23. §§ 3 y 5. Añádase á esto este otro fragmento del mismo jurisconsulto : «*Proculus indicat, hoc jure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset, in quibus propria qualitas expectaretur; si quid additum erit, toto cedit : ut statuæ pes, aut manus, scypho fundus, aut ansa, lecto fulcrum; navi tabula : ædificio cæmentum; tota enim ejus sunt, cujus antea fuerant.*» (Dig. 41. 1. 26. § 1. f. Paul.)

tium ejus quod acceserit, dare» (1). En todos los casos en que mi cosa, *per prævalentiam*, por predominio, *alienâm rem trahit*, trae la cosa de otro, *meamque efficit*, y la hace mia... no puede expresarse más enérgicamente el predominio de la cosa principal, la absorcion de la cosa de otro, y la propiedad de ella que me ha sido transferida.

Queda, pues, establecido de hecho que la reunion de una cosa en cualidad de accesion á otra estaba admitida en el derecho romano como causa de adquisicion en ciertos casos, áun respecto de aquellas cosas que ántes pertenecian á otro.

Fáltanos ahora apreciar sumariamente este suceso y sus consecuencias, primero bajo el aspecto de la razon filosófica, y luégo en los detalles de la jurisprudencia romana.

Si una cosa se reune, se agrega á la mia, no por mero contacto, por mera adherencia, que dejase á cada una su individualidad; sino que se incorporase ó se identificase de modo que dependiese de ella como parte que le estuviese sometida, hay en esto un hecho poderoso, que no puede dejar de tener influencia en el derecho, y que debe dominar.

Como propietario de mi cosa no puedo tenerla sino como es en sí; experimento los efectos de todas sus modificaciones; que se disminuya ó que se aumente, esto sólo tiene relacion conmigo, salvo el arreglo de los derechos entre mí y los terceros que podrian ser causa de uno ú otro de estos efectos. El resultado es forzoso: tales son las consecuencias del derecho de propiedad, y no de un nuevo derecho.

Es, pues, necesario reconocer y decir que lo que los comentadores han denominado *derecho de accesion* es en rigor un efecto del derecho de propiedad; pero es un efecto particular que, mereciendo una atencion especial, puede recibir con razon una denominacion propia, y en la cual, en último resultado, hay en beneficio del propietario absorcion por parte de su cosa, de otra cosa que no le pertenecia; de lo cual se originan á los jurisconsultos y legisladores cuestiones importantes.

Debemos ademas añadir que hay caso en que la incorporacion y la identificacion de la cosa accesoria con la principal no es tan completa, tan absoluta; en que el hecho no la reclama tan impe-

(1) Dig. 6. 1. 23. § 4. f. Paul.

riosamente, y en que el legislador, más aún que la fuerza de las cosas, es quien en consideracion á este hecho, por medio de una apreciacion legislativa de razon ó de utilidad, ha hecho la atribucion de la propiedad cuando hubiera podido fallar de otro modo.

En fin, si profundizamos más la naturaleza íntima del hecho llamado accesion, verémos que produce una especie de ocupacion, de toma de posesion : ocupacion de naturaleza particular, porque se efectúa, no por la voluntad de las personas, sino sin conocerlo éstas, y áun contra su voluntad, por la cosa misma. Teniendo el poseedor en su poder, en su posesion, la cosa, tiene igualmente por el intermedio de ésta y sin saberlo, en su poder, en su posesion, lo que ha venido á subordinarse y á incorporarse con ella; y si deja la una, está obligado á dejar la otra, puesto que la ocupacion se ha verificado y se sostiene por la cosa misma.

Esto establecido, el hecho que reune y subordina á una cosa principal, accesiones, puede ocurrir : —ya por cosas que no fuesen todavía de nadie (*res nullius*) ;—ya por cosas que originariamente procedan de la propiedad de otro y sobre las cuales es imposible á ninguno reconocer ó acreditar ningun derecho : —ó ya, en fin, por cosas que pertenezcan á otro.

En el primer caso, así como la verdadera ocupacion de las cosas *nullius*, verificada por mi voluntad, me hace propietario de ellas, del mismo modo la especie de ocupacion verificada por mi cosa me hace adquirir el nuevo objeto incorparado á ella ó subordinado como accesion. La causa atributiva es tan razonable y tan justa. Este nuevo objeto, de *res nullius* que era se hace mio; hay, pues, adquisicion de propiedad. Nótese que la ley deberá mostrarse aquí ménos rigurosa en las condiciones del hecho. No será necesario que haya ocurrido incorporacion, absorcion irremediable por mi cosa, del nuevo objeto : podrá bastar una aproximacion, una union que lo presente bastantemente como un apéndice, como una dependencia; porque no se trata de despojar á otro, sino de hacer pasar á dominio del hombre lo que se hallaba fuera de él. Así, si otras palomas y abejas silvestres, atraidas por mis palomas ó por mis abejas domesticadas, vienen á reunirse con ellas y entran en mi palomar ó en mis colmenas, áun sin yo saberlo, aquellos animales y el producto que den me pertenecen; el que quisiese cogerlos cometeria un robo. Los romanos colocaban en este caso el del rio que abandona su cauce : el cauce seco era considerado como *res*

nullius, porque sólo era público en cuanto las aguas corrian por él; y como cosa que se hacía *nullius*, se atribuia por mitad á los propietarios inmediatos como accesion de los campos ribereños (1). Lo mismo se entiende respecto de las islas nacidas en el rio.

Todo lo que acabamos de decir respecto del primer caso, se aplica con la misma razon al segundo. No se trata aquí tampoco de despojar á nadie, pues las cosas no pueden ser reconocidas por nadie. Las hojas que en el otoño sueltan los árboles de diversas propiedades, y se confunden con las mias en un terreno que me pertenece, sin que á nadie sea posible distinguir las que proceden de su propiedad; el aluvion insensible con que el rio aumenta, por decirlo así, poco á poco mi campo ribereño, ó el légamo negro y fecundante que perfectamente puede reconocerse que deposita en él de repente en tiempos de inundacion, todo esto, aunque provenga de las hojas de las tierras y demas partículas arrancadas á otro campo, pero de las cuales nadie puede decir esto es mio, todo esto se hace propiedad mia, como accesion de mi suelo, áun en casos en que no haya habido absorcion, ni incorporacion irremediable.

Limitado á los dos casos que preceden, sería esto bastante para que el hecho de que tratamos debiese colocarse entre las causas de adquisicion. Se veria entónces una causa operando sólo sobre las cosas *nullius*, como la ocupacion.

Pero su influencia se extiende ademas de esto á un tercer caso: á aquel en que la accesion es cosa que pertenece á otro. En este caso el hecho tiende á despojar al uno para el otro, á dar al uno lo que pertenece al otro. La ley debe ser más rigorosa sobre las condiciones del hecho de reunion. Es preciso que sea de tal naturaleza que lo reclame imperiosamente, que altere y destruya el derecho. Los caractéres que hacen que una cosa sea accesion, parte sujeta á otra, deben ser muy precisos. Si estos caractéres se reunen, uno ha perdido su cosa, porque ésta ha cesado de ser lo que era; el otro la ha adquirido, porque se ha hecho parte integrante, parte subordinada de la suya. Pero el legislador debe apoyar los intereses legítimos. Si ha habido incorporacion, absorcion irremediable, es un hecho consumado; el propietario de lo principal se ha enriquecido con la accesion; sólo queda pues el arreglo

(1) Véanse §§ 23 y 24.—Dig. 41. 1. 30. § 1. f. Pomp.

de los derechos para indemnizacion (1). Lo mismo tendrá lugar si en rigor es posible hacer cesar el hecho que se ha verificado, pero al que se oponen razones de utilidad pública, de agricultura, de bellas artes, de utilidad privada, ú otras várias. Pero si no media ninguna consideracion de este género, el medio de volver las cosas á su estado primitivo, siendo posible, debe facilitarse á la parte que ha perdido su cosa. En todos los casos aparecerá de nuevo su derecho de propiedad sobre dicha cosa, si vuelve á su estado primitivo, á no ser que haya renunciado á él por efecto de transacciones; en todos los casos tambien, aquél que se ha enriquecido con perjuicio de otro debe á éste una indemnizacion. En fin, ¿no hay especies en que aumenta la duda? ¿en las que la absorcion recíproca de ambas cosas la una por la otra tiene que determinar el legislador cuál es la principal y cuál es la accesoria? Y si ni una ni otra puede ser considerada como tal, ¿cuáles deben ser los derechos de las partes? ¿En qué consideracion deberémos tomar la diferencia de causas, la casualidad y la buena ó la mala fe?

Despues de estos principios generales, podemos entrar en los pormenores de la ley romana y en la explicacion de los párrafos que siguen. Tendrémos los medios de reconocer con seguridad lo que en realidad es consecuencia del hecho de accesion, y lo que falsamente se le haya atribuido.

XIX. Item, ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt eodem jure tibi acquiruntur.

19. Lo que nazca de los animales sujetos á tu dominio, te pertenece asimismo por el derecho natural.

Este es uno de los derechos comprendidos en el de propiedad; el *jus fruendi*. El fruto es un producto de mi cosa; debe el sér á mi cosa; mi cosa es su causa eficiente, su causa generadora; debe pues pertenecerme. Este raciocinio bastaria tratándose de los productos de la tierra, pero no basta si se trata del aumento de los animales. En este caso la causa generadora es doble: el macho y la hembra: luego la propiedad del macho no da ningun derecho al aumento. La parte pertenece siempre al propietario de la hem-

(1) Si mi perro come el pan de que se ha apoderado en casa del tahonero, ¿podrá decirse que soy dueño de este pan por accesion? Si el ladron come los objetos comestibles que ha robado, ¿se dirá por esto que ya es propietario de ellos? Ha habido consumacion, pero no adquisicion. Muchos casos de accesion sólo ofrecen un hecho de esta clase; lo que no se opone á que otros no sean una causa de verdadera adquisicion.

bra, cualquiera que sea el macho que la ha fecundado (1), salvo para el propietario de aquél un precio de alquiler por el acto de la fecundacion; y si la hembra embarazada se vende á nuevos propietarios, las crías son de aquel á quien pertenece en el momento del parto (2). Esto consiste en que la cría de la hembra, lo mismo que los productos de la tierra y el fruto ántes de desprenderse, forman cuerpo con la cosa, son parte integrante de ésta, parte incorporada, y como tal pertenece al propietario de la cosa, propiepiedad que subsiste despues de la separacion (3).

XX. Præterea, quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non posis quantum quoquo momento temporis adjiciatur.

20. Adquieres ademas, segun el derecho de gentes, lo que el rio añade á tu campo por aluvion. Aluvion es un incremento insensible; y se considera como agregado por aluvion lo que ha sido tan lentamente, que es imposible apreciar en cualquier momento la cantidad que acaba de ser añadida.

Ya tenga lugar el aluvion porque el rio se retire insensiblemente de una orilla hácia la otra, ya porque sus olas depositen lentamente sobre una orilla las tierras que llevan consigo, esto es indiferente; la nueva cantidad sobre la cual nadie tiene ó no puede reconocer ningun derecho de propiedad, es lo accesorio de los campos á que se agrega de una manera insensible, y por esto se atribuye á los propietarios de los citados campos.

El aluvion no tiene lugar tratándose de lagos ó estanques que conservan siempre los mismos límites, aunque sus aguas en determinados casos suban ó bajen (4). Tampoco tiene lugar respecto de los campos limitados (*agri limitati*). Creo que en la época histórica á que nos referimos, en tiempo de Justiniano, es preciso tomar esta expresion en un sentido general, es decir, que los límites de un campo están definitivamente demarcados por una circunstancia cualquiera, como, por ejemplo, porque el propietario ha construido una tapia ó abierto un foso que lo separa del rio, ó que habiendo sido divididas las tierras conquistadas al enemigo, se

(1) D. 6. 1. 5. § 2. f. Ulp.
(2) D. 41. 1. 66. f. Venul.
(3) Florentino en dos fragmentos diferentes refiere al parecer la causa de adquisicion de los frutos á la ocupacion. (Dig. 41. f. 2. 6.) Lo que no podria entenderse sino de la ocupacion verificada por fuerza de la cosa.
(4) D. 41. 1. 12. f. Calist.

han señalado para cada parte tantas medidas de terreno (*modum*), para saber lo que se ha distribuido, lo que ha sido vendido y lo que ha permanecido público : en todos estos casos no tiene lugar el aluvion (1).

XXI. Quod si vis fluminis partem aliquam detraxerit ex tuo prædio, et vicini prædio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vecini tui hæserit, arboresque quas secum traxerit in eum fundum radices egerint : ex eo tempore *videntur vicini acquisitæ esse.*

21. Si desprendido por la violencia de un rio, un fragmento de tu terreno es arrastrado al campo inmediato, es claro que continúa siendo tuyo. Pero si por largo tiempo permanece adherido al campo vecino, si los árboles que ha arrastrado consigo extienden sus raíces en aquel fundo, entónces *aquel fragmento* y los árboles los adquiere el fundo inmediato.

Videntur vicini fundo acquisitæ. Estas palabras han dado orígen á una dificultad. Se encuentra en el Digesto un texto semejante, pero que en lugar de *videntur acquisitæ*, dice *videtur acquisita* (2). Estas dos expresiones han sido consideradas como que ofrecia cada una de ellas diferente sentido, y por consiguiente, que debian ser corregidas una por otra. En efecto, se ha entendido el Digesto en el sentido de que la parte de terreno segregada por el rio la adquiere el fundo inmediato (*videtur acquisita*); y las Institutas en el sentido de que sólo los árboles que han extendido sus raíces los adquiere el fundo inmediato (*videntur acquisitæ*); de donde parece proceder la consecuencia de que en cuanto al terreno permanece siempre del primer propietario. Sin embargo, esta consecuencia

(1) D. 41. 1. 16. f. Florent.—43. 12. 1. §§ 6 y 7. f. Ulp.—Así es que veo en las tierras conquistadas de que habla esta ley, un caso particular de campos limitados y no, como la mayor parte de los autores, el carácter exclusivamente propio de estos campos. Véase en este punto á M. GIRAUD (*Derecho de propiedad entre los romanos*, t. 1, p. 109); dicho autor explica esta ley por la limitacion religiosa de origen etrusco, completada con las solemnidades augurales que daba á la propiedad y á los límites un carácter sagrado é invariable. Obsérvese tambien que esta aplicacion no es posible en este fragmento, en el que vemos que precisamente las tierras que reciben el derecho de ciudad no son limitadas; y las que son distribuidas, vendidas, hechas públicas como conquista ó botin, limitadas : *ut sciretur, quid cuique datum esset, quid venisset, quid in publico relictum esset.* Consúltese el fragmento 7 de Modestino, Dig. 10. 1, en el que se ve que en estos *territorios* la medida (*modus*) es la cantidad señalada á cada uno, la que debe permanecer invariable. Por lo demas, en tiempo de Justiniano, que introduce estos fragmentos en el Digesto, no puede ya hablarse de limitacion augural y pagana. El principio debe ser generalizado. Los comentadores oponen á los campos limitados los campos llamados *agri arcifinii.* Pero esta expresion, que no corresponde á la buena latinidad, no se halla autorizada por los jurisconsultos romanos. Designa un campo cuya extension no se halla determinada y comprendida en límites fijos, y que no tiene más límites que los naturales, como montañas, bosques ó rios. (*Isidorus*, lib. 15. *Originum*, capítulo 13.)

(2) D. 41. 1. 7. § 2. f. Gayo.

ha sido generalmente desechada. Pero yo voy más léjos, y digo que la diferencia de texto en que se funda, no me parece que existe. Efectivamente, en el párrafo de las Institutas, la expresion *videntur acquisitæ* no se refiere sólo á los árboles, sino tambien á la parte del terreno y á los árboles juntamente: *pars fundi et arbores videntur acquisitæ*. Segun la construccion misma de la frase, *pars fundi* y *arbores* son los sujetos del verbo *videntur* (1). Otra ley del Digesto ofrece una idea casi semejante; y es aquella en que las tierras arrastradas por las lluvias ó por cualquiera otra causa, se separasen ó segregasen de un fundo más alto y viniesen á caer en un campo más bajo (2). En todos estos casos es preciso decir en resúmen: 1.° Que el propietario de las tierras arrastradas tiene el derecho de vindicarlas (3): 2.° Que ya no puede hacerlo cuando el lapso de tiempo las ha reunido como accesion al fundo contra el cual ó sobre el cual han sido arrojadas: y 3.° Que la extension de las raíces de un fundo en otro es un signo de esta reunion, que por lo demas puede igualmente anunciarse por otros indicios, siendo lo esencial en esto, segun las expresiones mismas de la ley, que las tierras arrastradas se hayan íntimamente unido al campo inmediato (*unitatem cum terra mea fecerit*) (4).

XXII. Insula quæ in mari nata est (quod raro accidit), ocupantis fit; nullius enim esse creditur. In flumine nata, quod frequenter accedit, si quidem *mediam partem fluminis teneat*, communis eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi quæ latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus et fuerat.

22. Una isla nacida en el mar (lo que rara vez acontece), se hace propiedad del primer ocupante, porque se reputa como *res nullius*. Mas la que nace en un rio, lo que sucede con frecuencia, se atribuye en comun, *si ocupa la parte media del rio*, á los que á cada parte de dicho rio poseen heredades, y en proporcion á la extension que cada uno de estos predios tiene á lo largo de la orilla. Si la isla está más cerca de una de las orillas, pertenece sólo á los que poseen por aquel lado predios ribereños. Mas si el rio, dividiendo sus aguas por una parte y reuniéndolas más abajo, cortase en forma de isla el campo de un propietario, continuará este campo perteneciendo á su mismo propietario.

---

(1) Es preciso confesar, sin embargo, que el párrafo de Teófilo sólo habla de los árboles.
(2) D. 39. 2. 9. § 2. f. Ulp.
(3) Ib.
(4) D. 39. 2. 9. § 2. f. Ulp.

Hay tres maneras de que pueda formase una isla en un rio, segun Pomponio, á quien casi literalmente traduzco : la primera, cuando el rio corta y ciñe un terreno particular; la segunda, cuando secándose en una parte de su cauce corre al rededor; la tercera, cuando poco á poco, con los objetos que arrastra, eleva sobre el nivel de sus aguas una prominencia que despues viene á aumentar el aluvion (1). A estas tres maneras es preciso añadir una cuarta, de que habla Paulo; cuando una isla, formada sobre una balsa móvil, compuesta de ramas y otras sustancias, no se halla asida al suelo, sino que flota sobre las aguas (2). La isla formada con los terrenos particulares no cambia de dueño : la isla flotante es pública, como el rio en que nada: veamos cuál era el derecho, en cuanto á las islas formadas por desecacion ó por aglomeracion de tierras. Una reflexion natural parecia indicar que naciendo estas islas en un rio público deben tambien ser públicas. Esta idea se halla tambien expuesta en el Digesto, segun un fragmento de Labeon (3). Sin embargo, no sucedia así. —La teoría que prevaleció en la legislacion romana fué que el rio no es público sino en cuanto es rio. Como tal, el cauce de que se apodera, lo hace público : «*Ille etiam alveus quem sibi flumen fecit, et si privatus antè fuit, incipit tamen esse publicus*», dice Ulpiano (4) : «*Alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est, publicus juris gentium*», dice Gayo (5). Pero tambien por cualquier parte por donde deje de correr, el terreno se hace privado : «*Certe dessinit essè publicus*» (6). Hé aquí porque dice Pomponio que está en la naturaleza del rio, variando su curso, variar tambien la condicion jurídica del cauce : «*Natura fluminis, hoc est, ut cursu suo mutato,*

(1) D. 41. 1. 30. § 2. f. Pomp.

(2) Ib. 65. § 2.

(3) *Si id quod in publico innatum aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet* (D. 41. 1. 65. § 4. f. Lab.). Este fragmento de Labeon, en oposicion con una infinidad de leyes del Digesto, y con lo que el mismo Labeon habia escrito más de una vez, ha ocupado mucho á los comentadores: unos lo han considerado corrompido y lo han restablecido de este modo : *Non si id quod in publico innatum*, etc. Otros, y entre ellos Cujacio, 14 obs. 11, lo han entendido como que hablaba sólo del uso, lo que, sin embargo, no sería verdadero, á pesar de la opinion de Cujacio, sino respecto del uso de las orillas. Otros lo han aplicada á las islas que naciesen delante de un lugar público, como, por ejemplo, delante de Roma. Yo añadiré que si este fragmento debe conservarse tal como está, y en el sentido positivo de lo que enuncia, se encuentra en la misma ley 65, un párrafo más arriba, § 2, el único caso á que tiene aplicacion, cual es el de la isla flotante que hace parte del rio y que adquiere su naturaleza.

(4) Dig. 43. 12. 1 § 7. f. Ulp.

(5) Dig. 41. 1. 7. § 5. f. Gayo.

(6) Ulp. el mismo fragmento.

alvei causam mutet»; de desempeñar las funciones de un *censitor*, declarando público lo que era privado, y recíprocamente: «*Censitorum vice fuguntur, ut ex privatu in publicum addicant, et ex publico in privatum*» (1). Establecido esto, debe decirse que la isla que aparece en el rio, y el cauce que éste deja son de derecho privado. Pero es como una cosa nueva, como una cosa *nullius*, sobre la cual nadie puede reclamar la propiedad, y que la legislacion romana atribuye, por consiguiente, en calidad de accesion, á los campos ribereños; á ménos que estos campos no tengan límites precisos, en cuyo caso la isla formada ó el cauce abandonado permanecen siendo cosas *nullius*, de que se hace propietario de ellas el primer ocupante (2).

Mediam partem fluminis teneat... proximior sit. ¿Se han de entender estas palabras en el sentido de que para que la isla pertenezca en comun á los propietarios ribereños de cada orilla se necesita que colocada exactamente en medio del rio, no se halle en ninguno de sus puntos más cerca de una orilla que de otra, de tal modo que si se verifica este último caso corresponda íntegramente á los propietarios de cuyos predios se halle más inmediata? No debe ser éste el sentido de la ley. Es verdad que ningun texto me parece que ofrece la solucion precisa de esta cuestion, pues casi todos se valen de las mismas expresiones, *proximior sit*, *proprior fuerit*, *proxima est* (3). Sin embargo, uno de estos textos dice: *ejus* (est insula) *cujus ripam contingit* (4); lo que indicaria una grandísima aproximacion á un lado: la paráfrasis de Teófilo dice: *Si la isla colocada muy cerca de una orilla está muy léjos de la otra*, lo que anuncia una lejanía muy grande del otro lado. Por otra parte, entendiendo la ley en el sentido que yo impugno, será casi físicamente imposible que el caso de que la isla sea comun á los propietarios de cada orilla, ocurra alguna vez. Así concluyo que por esta expresion *si mediam partem fluminis teneat*, es preciso entender: si la parte media del rio se halla ocupada por la isla, es decir, si la isla en una direccion cualquiera se encuentra en el medio, entónces corresponde á los ribereños de cada lado; pero que si el medio no se halla ocupado (*si vero non sit in medio*), es de-

(1) Dig. 41. 1. 30. §§ 2 y 3. f. Pomp.
(2) D. 43. 12. 1. §§ 6 y 7. f. Ulp.
(3) Gayo 2. § 72.—D. 41. 1. 7. § 3. f. Gayo.— Ib. 30. § 3. f. Pomp. Ib. 56. f. Procul.
(4) D. 43. 12. 1. 5. f. Ulp.

cir, si toda la isla se halla colocada á un solo lado, y por consiguiente si *toda la isla* se halla más próxima á un lado que á otro (*si proximior sit*), entónces pertenece á los ribereños de aquel lado. En una palabra, todos los puntos de la isla más inmediatos á una orilla son accesion de esta orilla; pero todos los puntos más inmediatos á la otra orilla son accesion de ella. Todo se reduce á aplicar á las islas lo que una ley dice positivamente respecto del cauce abandonado (1).

XXIII. Quod si naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere cœperit: prior quidem alveus eorum est qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit. Novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, *rursus novus alveus eorum esse incipit qui prope ripam ejus prædia possident.*

23. Si abandonado completamente su cauce natural principia el rio á correr hácia otra parte, su antiguo álveo se hace propiedad de aquellos que poseen predios en cada uno de sus lados en proporcion á la extension de cada uno de los predios á lo largo de la orilla. El nuevo álveo principia á ser propiedad de aquel de quien es el rio, esto es, público. Mas si despues de algun tiempo volviese el rio á su primitivo cauce, *el segundo se hace á su vez propiedad de los que poseen predios en sus orillas.*

Esta decision y la del párrafo precedente proceden de un mismo principio. Obsérvese que aquí el hecho no domina imperativamente al derecho. La incorporacion de la isla ó del cauce abandonado al campo ribereño, no es tal que debiese forzosa é inevitablemente llevar consigo el derecho de propiedad. El legislador es quien, movido por consideraciones de propiedad ó de adherencia al suelo ribereño, de facilidad para el abordaje y para el cultivo, de una especie de compensacion de equidad entre las pérdidas y ganancias que puede ocasionar la inmediacion del rio, hace voluntariamente la atribucion de la propiedad. Pero las legislaciones podrian variar en este punto, y en efecto, el derecho civil frances no ha sancionado entre nosotros las determinaciones de la jurisprudencia romana, cuyas consecuencias no eran siempre equitativas, como vamos á ver.

Rursus novus alveus eorumesse incipit, etc. En esta hipótesis de una segunda variacion de cauce, sucederá con frecuencia que los

(1) D. 41. 1. 56. § 1. f. Procul.—Sin embargo, la primera parte de esta ley parece desde luégo contraria á la interpretacion que doy.—Véase atentamente sobre esta materia á Gay. 2. § 72.

propietarios ribereños recobren, no ya exactamente, sino al ménos con corta diferencia, el terreno que ántes les habia sido arrebatado. Sin embargo, si en su primera variacion de cauce hubiese el rio invadido todo un campo *enteramente*, y despues volviese á su primitivo cauce, el propietario del campo totalmente invadido, no teniendo ya propiedad en la orilla del segundo cauce, no podria recobrar nada de su terreno, que los demas ribereños repartirian entre sí. En este caso particular, ¿qué se decidirá respecto á él? Encontramos un fragmento de Pomponio que pretende que se le vuelva su terreno : hallamos uno de Alfeno Varo, que es de dictámen que aquél no debe ya pretender nada : oposicion que me parece plenamente justificada por Gayo, que dice : «Segun la razon estricta, no podria recobrar nada. Pero apénas puede admitirse semejante resultado.» Este es, pues, un punto que debe arreglarse en virtud de las circuunstancias y de la equidad. La manera con que el rio hubiese invadido el terreno, y el tiempo que hubiese durado la inundacion, deberian ser circunstancias de no poca importancia en la decision (1).

XXIV. Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutat. Et ob id, si recesserit aqua palam est eum fundum ejus manere cujus et fuit.

24. El caso es bien diferente cuando un campo se halla totalmente inundado, porque la inundacion varía la naturaleza del fundo. Y por tanto, cuando las aguas se han retirado, es claro que el fundo continúa siendo del mismo propietario.

Para terminar esta materia sólo me resta hacer una observacion, aunque esencial. En el sistema que resiste radicalmente que el hecho llamado accesion sea nunca una causa de adquisicion, se ha supuesto, para huir del ejemplo concluyente tomado de la isla y del cauce abandonado, que en las leyes romanas el cauce del rio pertenecia realmente por mitad á los propietarios ribereños, que las aguas hacian perjuicio á esta propiedad, pero sin destruirla ; en una palabra, que sucedia con el cauce lo mismo que con la orilla, que el uso sólo era público y la propiedad de los ribereños, de tal modo, que llegando á cesar este uso, los ribereños, admitiendo

(1) 41. 1. 30. § 3. f. Pomp., cuyas expresiones pueden hacer creer con razon que sólo habla de una inundacion de poco tiempo : *Inundatione fluminis occupatus esset...—eodem impetu recesu fluminis restitutus.*—Ib. 38. f. Alfen. Var.—Ib. 7. § 5. f. Gayo.

esta explicacion, léjos de adquirir un nuevo objeto, no hacen más que recobrar su propiedad. Pero este sistema hipotético, apoyado equivocadamente en un fragmento de Pomponio en que sólo se trata del suelo de la orilla (1), se halla desmentido, ya por la razon, ya por muchas disposiciones de los jurisconsultos. Así, por ejemplo, si el principio supuesto fuese cierto, sería preciso decidir, en el caso de que el rio variase por segunda vez de cauce, que los propietarios ribereños llegaban á recobrar exactamente lo que el rio les habia quitado; en lugar de esto, la jurisprudencia romana, como vemos en la disposicion final de este párrafo, distribuye entre ellos por la línea del medio y en proporcion á su actual latitud ribereña, el cauce abandonado, sin tener en consideracion á su anterior propietario. Hay, pues, para ellos un nuevo principio que hace adquirir á unos lo que no era suyo, miéntras que los demas han perdido lo que les pertenecia.—La demostracion es todavía más patente en la especie de que acabamos de hablar, en la cual un campo se halla totalmente invadido en *totalidad* por el primer cambio de cauce. Sobre este punto nos expone Gayo, en términos que no admiten duda, el principio de la jurisprudencia romana : *Stricta ratione*, dice; segun la razon estricta, segun la deduccion estricta de los principios, el propietario primitivo no puede obtener nada áun despues del segundo cambio de álveo, que dejó al descubierto lo que ántes habia sido su campo. ¿Y por qué? ¿Cuáles eran esos principios? «*Quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma*», porque su campo cesó de ser y de pertenecerle. ¿El curso del rio no era solamente una servidumbre que perjudicaba esta propiedad sin destruirla y que debia dejarla libre al retirarse? ¿La propiedad anterior no influye nada en este caso? Pero Gayo concluye el razonamiento : «*Et quia vicinum prædium nullum habet, non potest* RATIONE VECINITATIS *ullam partem in eo alveo habere.*» Ha tenido la propiedad anterior, pero le es inútil. Lo que le falta es la vecindad. *Ratio vicinitatis*, la vecindad, la proximidad, tal es la razon, la causa de adquisicion, perfecta y formalmente expresada por Gayo. Y poco importa que el jurisconsulto retroceda en la especie particular ante el rigor del raciocinio y del principio ; poco importa que añada : *Sed vix est ut id obtineat;* esta excepcion que quiere hacer á causa

(1) D. 41. 1. 20. § 1. f. Pomp.

de las circunstancias, nos traza todavía mejor la regla (1). Del mismo modo, si el rio se retira por grados ó de una vez, por espacios muy marcados desde una orilla á la otra, el campo de que se aleja el rio se dilatará, traspasará la línea que ántes formaba el medio del rio, ganará tambien sobre lo que primitivamente formaba el campo vecino, siguiendo el rio de retirada en retirada (2). Habrá, pues, una extension de la propiedad; adquisicion de lo que ántes no le pertenecia bajo ningun título.—En fin, véase el último caso supuesto y expresamente resuelto por Próculo. Nace una isla á un lado del rio solamente; me pertenece en un todo, y ademas me da derecho á los aluviones que ocurran al rededor de la misma, á las islas y al cauce abandonado en los dos lados de la isla, y por consiguiente, áun á las partes del cauce que se supongan pertenecen en mera propiedad á mis vecinos (3). ¿No es evidente que en esta hipótesis habria todavía extension de mi propiedad sobre la de otro, y por consiguiente, adquisicion por accesion, á la cual estaria uno obligado á volver? El hecho verdadero es que en todos los casos en que se adquiere, ya el aluvion, ya la isla ó el cauce abandonado, hay acrecentamiento de terreno, adquisicion de un nuevo objeto sobre el cual no se tenía ningun derecho de propiedad. Y la razon porque la ley hace esta atribucion de propiedad es la adherencia misma, la inmediacion que parece un motivo suficiente, pues se trata de cosas sobre las cuales nadie tiene ya derecho de propiedad.

XXV. Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet quis eorum naturali ratione dominus sit; utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiæ dominus fuerit? ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, *aut spicis*, vinum, aut oleum, aut *frumentum fecerit;* aut ex alieno auro, vel argento, vel ære vas aliquod fecerit; vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplas-

25. Cuando con la materia de otro ha hecho alguno una cosa nueva, se puede preguntar: ¿quién debe por razon natural ser el propietario de ella; el que le ha hecho, ó aquel que fuese dueño de la materia? Por ejemplo, uno ha hecho vino, aceite ó trigo con las uvas, las aceitunas ó las espigas de otro; un vaso con el oro, la plata ó el metal de otro; una *bebida* mezclando el vino y la miel de otro; ó bien con

(1) Dig. 41. 1. 7. § 5.—Alfen. Var. no retrocedia ante el rigor del principio y admitia todas las consecuencias áun en el caso propuesto: Ib. 38.—Pomponio, por el contrario, admitia la modificacion: Ib. 30. § 3.

(2) Dig. 41. 1. 38. f. Alf. Var.

(3) Ib. 56. pr. y § 1. f. Procul. Este fragmento de Próculo destruye por sí solo toda la suposicion que forma la base del sistema que nos negamos á admitir.

trum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellium fabricaverit. Et post multas *Sabinianorum et Proculianorum* ambiguitates, placuit media sententia existimatium, si ea species ad materiam rudem reduci possit, eum videri dominum esse qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum qui fecerit; ut ecce: vas conflatum potest ad rudem massam æris, vel argenti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum, ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest; ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum, aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu, eum esse dominum qui fecerit; cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiæ præstitit.

medicamentos ajenos haya preparado un emplasto ó colirio; con la lana de otro se haya tejido un vestido; ó con las tablas de otro haya construido una nave, un armario ó una silla, y despues de muchas controversias entre los *Sabinianos* y los *Proculeyanos*, ha prevalecido la opinion de los que tomando un justo medio juzgan que si la cosa es capaz por su naturaleza de poder convertirse á su estado de materia bruta, debe ser propietario de ella aquel á quien pertenezca la materia, y si no puede reducirse, debe considerarse como propietario de ella el que la ha hecho. Por ejemplo, el vaso de metal puede reducirse á una lámina de metal, de plata ú oro; mas el vino, el aceite y el trigo no pueden reducirse á uvas, aceitunas ni espigas. Ni la bebida de vino y miel puede descomponerse en estas materias. Cuando se ha hecho una especie nueva con parte de materia propia y parte de ajena, como, por ejemplo, una bebida con vino suyo y miel de otro, ó un emplasto ó colirio con medicamentos suyos ó ajenos, ó un vestido con lana propia ó ajena, no cabe duda en este caso de que es propietario de la cosa el que la ha hecho, pues no sólo ha puesto su trabajo, sino tambien parte de la misma materia.

La causa atributiva de propiedad es el poder de creacion. Se ha creado una cosa nueva (*novam speciem*), para valerme de la expresion de los romanos. Se hace uno propietario de ella en calidad de creador, porque lo que se ha hecho no era ántes de nadie: «*quia quod factum est, antea nullius fuerat.*»—Pero por otra parte, aquel de quien procede la materia ¿no podrá pretender la cosa nueva, que sin su materia habria sido imposible hacer: «*quia sine materia nulla species effice possit?*» (1). Hay en esto dos elementos igualmente esenciales á la existencia del nuevo objeto; la materia y la creacion: ¿por cuál nos decidirémos? Nerva y Próculo y los juriconsultos de su escuela, los *Proculeyanos*, atribuian la cosa nueva al creador; Sabino y Casio y sus discípulos los *Sabi-*

(1) Dig. 41. 1. 7. § 7. f. Gay.

nianos, á aquel de quien procedia la primera materia (1). Obsérvese que los Sabinianos eran absolutos en su decision; aplicábanla indistintamente áun en los casos en que es imposible dudar que el objeto primitivo ha dejado de existir, como, por ejemplo, cuando con un árbol mio hecho tablas se ha construido una nave ó un mueble (2) cualquiera, en cuyo caso, como dice Paulo, indudablemente no existe ya el árbol : «*cupressus non manet, sed cupresseum corpus*» (3). Así los Sabinianos sólo fundaban su opinion en que la cosa primera existia siempre, lo que en muchos casos era un absurdo, y en que sin ella habria sido imposible formar un nuevo objeto : «*Quia sine materia nulla species effici possit.*» Obsérvese en efecto que lo que constituye el carácter distintivo del hecho, lo que forma la posibilidad de una disputa acerca de la propiedad, es que hay un objeto nuevo; que la materia primera en la especie que formaba primitivamente no existe ya (*suam speciem pristinam non continent*); por manera que aquel á quien pertenecia no puede ya decir : «ésa es cosa mia»; y que se trata de saber á quién debe corresponder el nuevo objeto.

Este último punto de vista suministra un término medio, que fué adoptado por algunos jurisconsultos posteriores. Si la materia puede volverse á su primitivo estado, no ha hecho más que variar de forma : «*Materia manet*», segun dice Paulo, que corresponde al número de los eclécticos (4); el propietario puede vindicarla sosteniendo que la cosa siempre es suya, y que á él corresponde, pues, la cosa formada. Pero si la materia no puede recobrar su primitivo estado, ha cesado de existir, y el propietario no puede ya vindicar lo que ha dejado de ser. Luego al creador pertenece el nuevo objeto. Tal es la opinion media adoptada por Justiniano. Pero se descubren todavía en el Digesto vestigios de las antiguas opiniones.

Aut spicis... frumentum fecerit. El que trilla las espigas y saca de ellas los granos que contienen, dice un fragmento de Gayo que se encuentra en el Digesto, no forma un objeto nuevo, sino que sólo pone en descubierto objetos que ya existian : *non novam speciem facit, sed eam quæ est detegit* (5). Este caso no es de nin-

(1) Véase lo que hemos dicho de estas dos escuelas y de sus primeros jefes Labeon y Capiton en la *Hist. del der.*, p. 247.

(2) Dig. 41. 1. 7. § 7. f. Gayo.

(3) Ib. 26. f. Paul.

(4) Dig. 6. 1. 5. § 1. f. Ulp.

(5) D. 41. 1. 7. § 7. f Gayo.

gun modo el de nuestro párrafo, y no se halla con oportunidad colocado en medio de los demas ejemplos tomados de Gayo, sin el correctivo que este jurisconsulto habia añadido. El hecho que nos ocupa, en el cual se ha producido una nueva especie, ha sido llamado por los comentadores especificacion (*specificatio*), barbarismo fabricado con la palabra *species*, que se halla en los textos; la especificacion ha sido colocada entre los medios naturales de adquirir. Unos han formado de ella un caso particular de accion, en el sentido de que á la materia se habia dado una nueva forma, y que se trataria de determinar lo que debia considerarse como principal ó como accesorio, si la materia ó la forma. Otros han visto en esto una especie de ocupacion, lo que no es más exacto. La realidad es que hay aquí una causa absolutamente particular para atribuir la propiedad, cual es la creacion de una cosa que no existia. Para terminar la explicacion de este párrafo, expondré tres cuestiones importantes que dividen á los comentadores.

1.ª cuestion. *¿La decision sancionada por Justiniano, se aplicaba aún al caso en que el nuevo objeto hubiese sido formado por una persona de mala fe?* Estableceremos desde luégo dos principios incontestables; primeramente, que se considera como acreedor del objeto el que lo ha formado ó hecho formar, y no el operario cuyo trabajo se ha empleado. (1). En segundo lugar, que cuando el nuevo objeto ha sido hecho de consentimiento del dueño de la materia, la intencion de las partes determina sus derechos : es preciso examinar si el dueño ha vendido ó cedido su materia (2), si el operario ha prestado sólo su trabajo por una retribucion, ó si han pretendido formar una sociedad entre sí. Esto supuesto, se ve que nuestro párrafo se aplica sólo al caso en que el nuevo objeto haya sido formado sin el consentimiento del dueño de la materia. En este caso la buena ó mala fe del que habia formado el objeto ¿era indiferente en cuanto á la cuestion de propiedad? No se encontraba en las leyes de Justiniano ningun fragmento que pudiese resolver positivamente esta cuestion; pero me parece que ya hoy no admite duda, segun el siguiente pasaje de los comentarios de Gayo : «Otros juriconsultos juzgan, por el contrario, que la cosa *pertenece* al que la ha formado... pero dan á aquel á quien

(1) D. 41. 1. 7. § 1. f. Pomp.
(2) Ib. 25. f. Calist.

pertenece la materia la accion de hurto contra el ladron» (1). Así el ladron que con mis uvas hubiese hecho vino, ó con mi lana un vestido, se haria propietario de estas especies, porque las materias que me pertenecian no existen ya, y el nuevo objeto que el ladron ha creado no era ántes de nadie : « *Quia quod factum est antea nullius fuerat*» (2).

2.ª cuestion. *¿Qué acciones nacian en las diversas circunstancias de este párrafo?* En todos los casos tenía el propietario del nuevo objeto la *vindicacion* (*rei vindicatio*) para perseguirlo en cualquier parte que se hallase. Pero se debia una indemnizacion, ya por la materia, ya por la industria, porque nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro (3).

Ademas, cuando el confeccionario habia robado la materia, podia, áun en el caso en que quedase propietario del nuevo objeto, ser perseguido : 1.º Por la accion de hurto (*actio furti*) enteramente penal, y cuyo resultado era hacerle pagar, á título de pena, el *cuádruplo* de la cosa robada, si habia sido cogido *in fraganti*, y si no, sólo el *duplo* (4) : 2.º Por la *condictio furtiva*, ó por la accion *ad exhibendum*. La palabra *condictio*, que tenía diferentes sentidos, designaba más especialmente una accion personal, por medio de la cual el demandante sostenia que el defensor estaba obligado á transferirle alguna cosa en propiedad (*dare*) (5). Se daba una de esta naturaleza contra el ladron, llamada *condictio furtiva*, para obligarle personalmente á restituir el objeto robado, ó bien á pagarle su valor (6). No siendo propietario de ella aquel á quien pertenecia la materia robada, pues que no existia, no podia vindicarla, ni vindicar al nuevo objeto que no le pertenecia; pero por la condicion conseguia hacerse indemnizar (7).—La accion *ad exhibendum* tenía por objeto hacer *exhibir*, presentar por algu-

(1) G. 2. § 79.

(2) D. 41. 1. 7. § 7. f. Gayo.—Los textos que me han hecho dudar por mucho tiempo en esta cuestion, son los tres siguientes : D. 10. 4. 12. § 3. f. Paul. ; D. 13. 3. 14. f. Jul. ; y sobre todo D. 41. 3. 4. § 20 f. Paul. Pero despues de un maduro exámen me ha parecido que podian explicarse de un modo satisfactorio. Algunos autores asimilan el especificador de mala fe al que ha edificado á sabiendas en terreno de otro, y del cual se juzga que ha prestado graciosamente su trabajo ; pero es fácil ver que en este último caso no se ha formado ningun objeto nuevo, y que, por consiguiente, no hay duda ninguna en cuanto á la propiedad.

(3) D. 13. 3. 13. f. Paul.

(4) Inst. 4. 1. §§ 5 y 19.

(5) Inst. 4. 6. § 15.

(6) Ib. 4. 1. § 19.

(7) Gay. 2. 79.—D. 13. 3. 14. § 3. f. Jul.

no, un objeto que tuviese oculto, que hubiese hecho desaparecer ó destruido de mala fe (1). Dábase á toda persona que tuviese un interes legítimo en que fuese presentado el objeto (2). El juez mandaba que se presentase sin pérdida de tiempo ó en el plazo que juzgase conveniente conceder. Si en el dia prefijado no estaba hecha la exhibicion, condenaba al defensor á reparar el perjuicio causado al demandante por la falta de exhibicion (3). En la especie, el propietario de la materia robada no podia ya vindicarla, pues que ya no existia; mas como el ladron la habia consumido de mala fe, procedia contra él *ad exhibendum* (4), y éste, no pudiendo exhibir una cosa que no podia volver á su primitivo estado, era condenado á todos los perjuicios causados. Conviene observar que la accion *ad exhibendum* y la *condictio furtiva*, teniendo ambas por objeto hacer indemnizar al robado, no podian acumularse en sus efectos. Pero ademas, habia siempre la accion de hurto, que era absolutamente penal.

3.ª cuestion. *¿Cómo se entenderá la última parte del párrafo que principia: Quod si partim ex sua materia*, etc.? El sentido gramatical de la Instituta es evidentemente que si el que ha formado el nuevo objeto ha prestado su industria, y ademas una parte de la materia, el objeto es suyo sin la menor duda. Pero en los ejemplos citados acerca de este punto de la bebida, el colirio y el vestido, se ve que las materias empleadas no pueden volver á su primitivo estado; de donde han deducido algunos comentadores que por esta razon el que formó los nuevos objetos tiene la propiedad de ellos, y que no la tendria si, por ejemplo, hubiese formado un vaso ó una estatua con el cobre suyo y el de otro. En apoyo de esta opinion citan algunas leyes del Digesto; pero la contraria es la más generalmente admitida, como más conforme al texto de la Instituta, confirmado por la paráfrasis de Teófilo (5).

---

(1) D. 10. 4. 9. f. Ulp.
(2) D. Ib. 19. f. Paul.
(3) Inst. 4. 17. § 3.
(4) D. 10. 4. 12. § 3. f. Paul.
(5) Las leyes citadas contra esta opinion son: D. 6. 1. 3. § 2. f. Ulp.—4. f. Paul.—5. f. Ulp.—41. 1. 12. § 1. f. Calist. Basta observar que estos fragmentos de los antiguos jurisconsultos contienen diversas opiniones derogadas en la legislacion de Justiniano, y que por otra parte en estos fragmentos, segun se hallan en el Digesto, no hay nada que indique que se trata de una persona que con su metal y el de otro haya construido un nuevo objeto. Se trata más bien del caso en que el metal de dos personas se haya confundido por un accidente ó por un tercero. Esto es lo que supone claramente uno de estos fragmentos: D. 6. 1. 4. f. Paul.

XXVI. Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento; et qui dominus fuit purpuræ, *adversus eum qui subripuit* habet furti actionem et condictionem, sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius; nam extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et *quibusdam aliis possessoribus* possunt.

26. Si alguno ha tejido en su vestido púrpura de otro, aunque la púrpura es más preciosa, sigue al vestido como accesion; y el que fué dueño de la púrpura tiene *contra* el ladron que se la ha sustraido, la accion de hurto y la condicion, ya sea éste ú otro el que hizo el vestido; pues aunque fenecidas las cosas no puedan ser vindicadas, pueden todavía ser reclamadas por condicion contra los ladrones y cualesquiera otros poseedores.

Aquí se trata de lo que los comentadores llaman *adjuncion*. Aunque nuestro párrafo sólo cita un ejemplo particular de ella, se aplica á todos los casos semejantes. «Los objetos, cualesquiera que sean, dice Paulo que juntos á una cosa ceden á ella como accesion; miéntras que se hallan adheridos á la misma no pueden ser vindicados por el dueño» (1). Es importante conocer la accesion de dos cosas juntas entre sí. En nuestro ejemplo la púrpura es siempre la accesion del vestido, áun cuando es, segun el texto, un objeto más precioso (*licet protiosior*), porque no se añade al vestido sino para adornarlo (2).

Adversus eum qui subripuit. ¿Qué acciones tiene el dueño del objeto accesorio? Nuestro texto no se ocupa en esta cuestion sino respecto del caso en que haya habido robo. Tratarémos de ella en general. El objeto no existe ya en su naturaleza; en el ejemplo anterior no hay ya púrpura, sino un vestido adornado de púrpura; el dueño no puede ya, pues, vindicarla; la accesion ha pasado como parte subordinada de un todo á la propiedad de aquel á quien este todo pertenece. Pero como aquí no hay absorcion, incorporacion irremediable, la legislacion romana da al propietario primitivo de la accesion el medio de hacer restablecer su cosa á su primitivo estado, y entónces reclamarla como suya. Así podrá obrar *ad exhibendum* para hacer segregar el objeto y vindicarlo despues que esto se haya verificado (3). Si el objeto ha sido roba-

---

(1) D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul.

(2) ..... *Cum quærimus, quid cui cedat: illiud spectamus, quid cujus rei ornandæ causa adhibetur* (D. 34. 2. 19. § 13. f. Ulp.).

(3) *Quæcumque aliis juncta sive abjecta accessionis loco cedent, ea quandiu cohærent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest ut separentur et tunc vindicetur* (D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul.). En algunos casos particulares no puede tener lugar la accion *ad exhibendum* dueño tiene entónces una accion *in factum* (ib.).

do, entónces hay contra el ladron, como hemos explicado en el párrafo anterior, la accion de hurto y la condiccion furtiva ó la accion *ad exhibendum*.

Sin embargo, habia casos en que, aunque en rigor fuese posible el restablecimiento de la cosa, la ley romana no daba derecho para hacerla verificar. Paulo, segun Casio, nos da un ejemplo bien notable en el caso en que se haya añadido un pié ó un brazo á mi estatua por medio de la operacion que llamaban los romanos *ferruminatio :* dicho brazo se hace propiedad mia, pues se considera absorbido por la unidad de la más grande parte, es decir, de la estatua (*unitate majoris partis consumitur*) ; y despues de haber sido enajenada de esta manera, no sólo no podrá el antiguo propietario pretender que se le separe, sino áun que si llega á serlo, siempre será mio : « *Et quod semet alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse.*» El primitivo propietario sólo tenía para hacerse indemnizar una accion *in factum*. Seguramente nadie negará en este caso que ha habido adquisicion en provecho mio de la cosa de otro por consecuencia de su reunion, como dependencia de mi cosa (1). La decision no habria sido la misma respecto del caso de una simple soldadura por medio del plomo.

Quibusdam aliis possessoribus. Aquí se presenta una dificultad de texto : unos leen *quibusdam possessoribus ;* otros, y entre ellos Cujacio, *quibusque possessoribus.* En el primer caso expresaria el sentido que las cosas fenecidas pueden reclamarse por condiccion contra el ladron y *algunos otros poseedores.* En el segundo, contra el ladron y contra *todos los poseedores.* La Instituta de Gayo (*Com.* 2, § 79), de donde evidentemente se ha tomado este pasaje, dice *quibusdam.* Así desaparece en parte la duda. En efecto, el principio que anunciaba Gayo lo encontramos más de una vez en el Digesto (2). No habria sido repetido tan especialmente para los ladrones, si hubiese sido aplicable á todos los poseedores. En cuanto á las palabras *et quibusdam possessoribus*, se explican muy

(1) D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul.—Esta decision es tanto más notable, cuanto que Paulo la tomó de Casio, que en el caso mismo de creacion de un nuevo objeto atribuia siempre la propiedad al dueño de la materia. Véase ib. 26. § 1. f. Paulo, donde aparecen los jurisconsultos de la otra escuela, Servio, Labeon y Próculo, cuya opinion es contraria. Aquí las dos escuelas están de acuerdo.

(2) *Condici furi potest, etiam si res sit aliqua ratione extinta* (Dig. 47. 2. 46. princ. f. Ulp.). Véase tambien Dig. 13. 1. 20. f. Trifon.

bien; porque se pueden reclamar por condiccion las cosas fenecidas contra los herederos del ladron y contra todos sus sucesores (1), contra los poseedores de mala fe ó áun de buena, si han hecho que perezca la cosa por falta suya, ó si han demorado devolverla (2). Sólo en el caso en que no sea ladron aquel á quien se persigue se procede por otra condiccion que la furtiva (3).

XXVII. Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint, totum in corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est; nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitu, et non voluntate dominorum, confusæ fuerint vel diversæ materiæ, vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.

27. Si dos propietarios han confundido voluntariamente materias que respectivamente les pertenecian, todo el cuerpo formado por la confusion es en todas sus partes comun entre ellos; como si hubiesen mezclado sus vinos ó fundido juntas barras de oro ó plata. Lo mismo sucede aunque las materias sean diversas y con ellas se haya creado una nueva especie, como, por ejemplo, la bebida de vino y miel, ó *electrum* (4) con oro y plata; porque en este caso no se duda que el nuevo objeto sea comun. Si por acaso y no por voluntad de los dueños se confundiesen diversas materias ó de una misma especie, la misma decision ha sido adoptada.

Se ha llamado *confusion* la union de las cosas líquidas ó reducidas al estado de líquidas; tres cosas deben distinguirse: 1.° Ó se ha verificado la confusion por la voluntad de los dueños, y entónces, que las cosas confundidas hayan formado ó no una nueva especie, que puedan ó no separarse, el resultado de la confusion es siempre comun: 2.° Ó es por acaso, y entónces, segun nuestro texto, la decision es la misma (*idem juris esse placuit*): las cosas confundidas son comunes; pero es preciso suponer que no puedan separarse, porque si pudiesen, se les deberia aplicar el párrafo siguiente. 3.° Ó, en fin, es por el hecho de otro. Nuestro texto no

---

(1) Dig. 13. 1. 7. § 2. f. Ulp.

(2) D. 13. 3. 3. f. Ulp.

(3) D. 12. tit. 7.—13. tit. 3.—Teófilo en su paráfrasis dice que se puede perseguir á todos los poseedores, pero yo me explico así porque Teófilo no quiere enunciar como Gayo un principio general para todos los casos en que la cosa haya perecido enteramente: tiene á la vista el caso particular de nuestro párrafo, en que introducida la púrpura en el tejido del vestido, todo el que posea éste se enriquece con esta púrpura. » Puede perseguirse, dice Teófilo, por condiccion al ladron ó á todos los poseedores: más si es el ladron el que posee el vestido, habrá contra él la accion de hurto y la condiccion; si es otro distinto del ladron, sólo la condiccion.»

(4) La acepcion propia de la palabra *electrum* es ámbar, pero los romanos llaman así tambien una mezcla de oro y plata que se asemejaba en el color al ámbar. (N. de la T.)

se ocupa en este caso; pero sabemos que si el que formase el nuevo objeto produjese una nueva especie, ésta le pertenece; en otro caso las cosas confundidas deben ser comunes.—Cuando el resultado de la confusion es comun, existe entre los diversos propietarios, si aquella ha sido, por su voluntad, una verdadera sociedad: si ha ocurrido sin su voluntad, entónces viene á haber como una especie de sociedad; pero en todos los casos tiene cada uno de ellos, para que se reparta la cosa comun, una accion que se llama *actio communi dividundo* (1).

XXVIII. Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune est; quia singula corpora, id est, singula grana quæ cujusque propria fuerint, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant: nec magis istis casibus commune fit frumentum quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum in frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet quale cujusque frumentum fuerit.

28. Cuando tu trigo se ha mezclado con el de Ticio, si esta mezcla se ha hecho por vuestra voluntad, es comun; porque cada cuerpo, esto es, cada grano que os era propio en particular, se ha hecho comun por vuestro consentimiento. Si la aleacion ha sido hecha por acaso ó por Ticio sin tu voluntad, no es comun, porque cada grano conserva separadamente su existencia propia; mas en este caso no se establece más comunidad para el trigo, de lo que se estableceria si se tratase de una manada de animales si el ganado de Ticio se mezclase con el tuyo. Pero si uno de vosotros posee todo el trigo, debe darse accion real en proporcion á la cantidad de trigo de cada uno: por lo demas, corresponde al arbitrio del juez que aprecie la calidad del trigo de cada parte.

Se ha llamado mezcla ó aleacion (*commixtio*) la apropincuacion de objetos no líquidos, cuyas partículas no se confunden. En el caso de aleacion cada uno de los objetos continúa existiendo segun su naturaleza y separadamente, *utraque materia, etsi confusa, manet* (2); de aquí procede una distincion: si la aleacion ha sido hecha de consentimiento de todos los propietarios, entónces es comun; porque tal ha sido la voluntad de las partes, y cada una de ellas tiene, para hacer que se verifique la particion, la accion *communi dividundo;* si la aleacion ha sido producida por acaso ó

(1) D. 41. 1. f. 7. § 8 y 12. § 1.—6. 1. f. 3. § 2. 4 y 5. §. 1—10. 3. 2.
(2) D. 6. 1. 5. § 1. f. Ulp.

por el hecho de uno solo, entónces cada uno continúa siendo propietario de los objetos suyos, porque no han dejado de existir segun su naturaleza; en este caso no puede tener lugar la accion *communi dividundo*, sino la vindicacion. Tal es la consecuencia necesaria de los principios. En estos casos la vindicacion no ofrece ninguna dificultad si se trata de cosas bien distintas, fáciles de separar, como cabezas de ganado; pero si se trata de granos de trigo, corresponderá al oficio del juez apreciar, segun la cantidad y calidad del grano correspondiente á cada uno, lo que en su prévia disposicion (*arbitrium; arbitrio judicis continetur*), debe mandar que se restituya á aquel que vindica (1).

XXIX. Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii, quia omne quod inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiæ dominus fuerat, *desinit dominus ejus esse;* sed tantisper neque vindicare eam potest, neque *ad exhibendum* de ea re agere, propter legem Duodecim Tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximire cogatur, sed duplum pro eo præstet, per actionen quæ vocatur de tigno juncto. Appellatione autem tigni *omnis materia significatur* ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.

29. El que edifica en su terreno con materiales de otro se hace propietario del edificio, porque todo edificio sigue al suelo como accesion. Sin embargo, aquel á quien pertenecian los materiales no deja por eso de ser el propietario de ellos; pero miéntras que se hayan agregado al edificio no puede ni vindicarlos ni intentar la accion *ad exhibendum*, porque la ley de las Doce Tablas ordena que ninguno sea obligado á arrancar de sus edificios los materiales de otro que hubiese empleado en ellos; pero que se le obligue á pagar el doble de su valor por la accion llamada *de tigno juncto*. La palabra *tignum* comprende *toda especie de materiales* que sirven para edificar. Estas disposiciones han tenido por objeto que no fuese preciso demoler los edificios. Mas si por alguna causa fuese derribado el edificio, entónces podria el dueño de los materiales, si ya no hubiese recibido el duplo de su valor, vindicarlos, ó intentar la accion *ad exhibendum*.

Véase un caso en que, aunque en todo rigor se puedan volver las cosas á su primitivo estado, la legislacion romana no da derecho á ello. Estas disposiciones tuvieron su orígen en la ley de las Doce Tablas: « *Tignum junctum ædibus vineæque* ET CONCAPET *ne*

(1) Véase á Teófilo en este párrafo. El Digesto dice: *Competit singulis in rem actio in id in quantum patet in illo acervo suum cujusque esse* (D. 6. 1. 5. princ. f. Ulp.).

solvito», dice esta ley en un fragmento que conocemos (1). Así habia dicha ley atendido á los intereses de la ciudad, impidiendo que por utilidad privada fuesen derribados los edificios; los de los campos y de la agricultura, negando la facultad de hacer arrancar los palos empleados en el cultivo de las viñas. El principio de que la ciudad no debe desfigurarse con ruinas (*nec ruinis urbs deformetur*) (2) se perpetuó siempre respetado por la legislacion. En cuanto al texto en que la ley de las Doce Tablas daba la accion de *tigno juncto*, no ha llegado hasta nosotros, aunque más de un jurisconsulto habla de esta disposicion. Un título del Digesto (libro 47, tít. 3) está dedicado á tratar de esta accion.

Nec dessinit ejus dominus esse. Pues que el señor del suelo se hace propietario del edificio, ¿cómo aquel á quien pertenecen los materiales no pierde la propiedad de ellos? Los jurisconsultos romanos conciliaban estas dos proposiciones con una distincion que parecerá sin duda algo sutil. El señor del suelo, dicen, adquiere la propiedad del edificio en su totalidad, considerado como objeto inmueble adherido al suelo, pero no la de los materiales, considerados separadamente como objetos muebles (3).

Esto tiene lugar en todos los casos análogos, y la accesion no pasa á la propiedad del dueño de la cosa principal sino en calidad de dependencia, de parte subordinada de aquella misma cosa. Pero considerada aisladamente y en abstracto, si es posible, siempre es del primitivo dueño.

Ad exhibendum. Que el señor de los materiales no pueda ya vindicarlos, es un principio general, porque no existen segun su naturaleza; pero que no pueda intentar la accion *ad exhibendum*, como en el caso de la púrpura y otros semejantes (§ 25), es en lo que consiste la excepcion introducida; porque aquella accion tendria por objeto hacer arrancar los materiales, y por consiguiente, destruir el edificio.

Omnis materia significatur. «*Tigna enim a tegendo dicta sunt.*»

---

(1) Este fragmento está tomado de *Festo*, palabra *Tignum*. Ya hemos dado la explicacion de ella en la *Hist. del der.*, p. 47. Las palabras ET CONCAPET se hallan evidentemente alteradas.

(2) D. 43. 3. 7. f. Jul.

(3) Esta distincion se hallaba perfectamente establecida (D. 41. 1. 7. § 11. f. Gay. —41. 3. 23. § 2. f. Javol.). Teófilo dice acerca de este párrafo: «No pierde *irrevocablemente* la propiedad de los materiales.» Esta expresion contiene una explicacion más sencilla, pero que no era la de los urisconsultos romanos.

j

Tal es la etimología, un poco dudosa, dada por Ulpiano á esta palabra genérica (1).

En suma; distinguirémos muchos casos: 1.° Si los materiales han sido empleados de buena fe, sólo tiene el dueño la accion de *tigno juncto;* una vez pagado por consecuencia de esta accion, ya no puede reclamar nada, áun cuando el edificio llegase á destruirse. 2.° Si los materiales han sido empleados de mala fe, podrá el dueño elegir, ó la accion *tigno juncto*, ó la accion *ad exhibendum;* pero sería un error deducir de aquí que el propietario del edificio pueda ser obligado á derribar; aquí no se le persigue por la accion *ad exhibendum* como poseedor de la cosa, sino por haber procedido de mala fe, de modo que no pueda ya poseerla (*quassi dolo malo fuerit quominus possideat*) (2); por consiguiente, hallándose en la imposibilidad de satisfacer á la exhibicion, será condenado por el juez. 3.° Si se quiere perseguir al ladron, habrá contra él la accion de hurto, y la condiccion ó la accion *ad exhibendum*, como ya lo hemos explicado, podrá tambien intentarse contra él, si mejor parece, la accion de *tigno juncto*, lo que no privará el derecho, si el edificio llega á destruirse, de vindicar todavía los materiales (3), porque en este caso el duplo que el ladron haya pagado por efecto de la accion de *tigno juncto* será considerado como pena de su robo.

XXX. Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum ædificaverit, illius fit domus cuyus et solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, *quia voluntate ejus intelligitur esse alienata*, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare; et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse cum *per exceptionem doli mali* repelli: utique si bonæ fidei

30. Si, por el contrario, alguno con sus materiales edifica una casa en suelo de otro, se hace la casa propiedad del dueño del suelo. Mas en este caso el dueño de los materiales pierde la propiedad de ellos, *porque se juzga que voluntariamente los ha enajenado;* á ménos que ignorase que edificaba en suelo ajeno, y por tanto, aunque llegue á destruirse la casa, no puede vindicar los materiales. Es constante que si el constructor se halla en posesion, el dueño del suelo que reclama la casa como suya, sin pagar el precio de los materiales y la mano de obra, puede ser rechazado por la excepcion de doló, en el caso en que el

(1) D. 47. 3. 1. § 1. f. Ulp.
(2) D. 47. 3. 1. § 2. f. Ulp.—6. 1. 23. § 6. f. Paul.
(3) D. 47. 3. 2. f. Ulp.

possessor fuerit qui ædificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.

constructor fuese de buena fe; pues si era de mala fe, se le podrá acusar de que habia edificado imprudentemente en un suelo que sabía era de otro.

Quia voluntate ejus alienata intelligitur. Este principio riguroso, porque se halla inserto en la Instituta, es generalmente conocido, y más de una vez se le invoca en nuestro derecho civil, miéntras que se guarda silencio acerca de los pasajes del Digesto y del Código, que prueban que se le habia modificado particularmente. Así es que, segun un fragmento de Paulo y una constitucion de Gordiano, vemos que, á pesar del principio riguroso, es más conveniente (*benignius*), cuando el propietario vindica su terreno, conceder, áun al poseedor de mala fe, indemnizacion por los gastos necesarios ó verdaderamente útiles que hubiese hecho, lo que deberá el juez apreciar (1). Ademas, vemos en el Código que ya en tiempo de Antonino se habia decidido por una constitucion de este Emperador que despues de demolido el edificio, el que lo hubiese edificado, ya fuese de buena ó de mala fe, recobrase la propiedad de los materiales y pudiese vindicarlos, si no habia levantado el edificio con la idea de hacer donacion de él (*si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint*) (2). Así, el hecho que ha querido presentar no se halla legalmente supuesto, y en realidad debe resultar de las circunstancias (3).

Per exceptionem doli mali. Hemos suficientemente explicado en nuestra *Generalizacion del Derecho romano*, p. 150, lo que eran las excepciones bajo el sistema del procedimiento por fórmulas, y lo que llegaron á ser en tiempo de Justiniano. En el caso en que segun los principios rigurosos de la ley civil existiese el derecho que servia de fundamento á la accion, pero en que habia que culpar al demandante por hechos de dolo, ya en los actos que habian dado orígen al derecho, ya en la reclamacion que de ellos hacía, el magistrado, dando al juez la facultad de condenar, añadia la siguiente restriccion : condena «si no ha habido ni hay ningun dolo de parte de *Aulo Agerio*» (*si in ea re, nihil dolo malo Auli Agerii*

(1) D. 5. 3. 38. f. Paul.—Cod. 3. 32. 5. const. Gord.

(2) Cod. 3. 32. 2. c. Anton.

(3) Un fragmento de Paulo, que se halla en el Digesto (19. 2. 55. § 1.), nos dice que el arrendatario que ha edificado en el terreno que tiene en arrendamiento tiene derecho para ser indemnizado. En efecto, es evidente que no habia edificado para hacer donacion.

factum sit neque fiat) (1). En nuestro caso el propietario del terreno tiene derecho para vindicarlo porque es suyo ; pero si se niega á pagar las obras, hay mala fe por su parte, y se le perseguirá en virtud de la excepcion de dolo. Pero esta excepcion sólo podia servir al que edificaba en el caso en que, hallándose él mismo en posesion, se viese perseguido por el propietario. Si por una circunstancia cualquiera hubiese dejado de poseer, no tenía ninguna accion para hacerse indemnizar. Sólo podia vindicar sus materiales despues de derribado el edificio. Era una regla expresamente reconocida por los jurisconsultos romanos (2).

En suma : 1.° ¿Han sido las obras hechas de buena fe? Si el constructor posee, tiene contra el dueño que vindica la excepcion de dolo para hacerse pagar los materiales y la mano de obra ; pero si no posee, sólo tiene el derecho de vindicar los materiales despues de la demolicion. 2.° ¿Han sido hechas las obras de mala fe? El constructor no tiene, segun el rigor del principio, ni accion ni excepcion para hacerse indemnizar. Sin embargo, una opinion más favorable le concede una indemnizacion de los gastos necesarios ó útiles, y una constitucion de Antonio le da derecho, despues de derribado el edificio, de vindicar los materiales si no habia tenido intencion de hacer donacion de ellos.

XXXI. Si Titius alienam plantam in solo suo possuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo possuerit, Mævii planta erit; si modo, utroque casu radices egerit; ante enim quam radices egerit, ejus permanet cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices agit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit ut in ejus fundum radices egerit. *Titii efficis arborem dicimus;* ratio enim non permittit alterius arbor esse intelligatur quam cujus in fundum radices egis-

31. Si Ticio pusiese en su suelo la planta de otro, será suya. Si, por el contrario, pusiese Ticio su planta en terreno de Mevio, la planta será de Mevio, con tal, en uno y otro caso, que haya echado raíces, porque hasta este momento permanece siendo del mismo propietario de quien era. Por tanto, desde que la planta ha echado raíces varía la propiedad, de tal modo que si un árbol inmediato al fundo de Ticio se halla tan próximo que haya introducido en éste sus raíces, decimos *que se ha hecho propiedad de Ticio:* la razon, en efecto, no permite que un árbol sea de otro, sino de aquel en cuyo fundo han brotado sus raíces. Y por tanto, el

(1) Gay. 4. 119. La expresion *dolus malus* proviene de que los antiguos romanos distinguian el fraude *dolus malus* del engaño lícito *dolus bonus*, como, por ejemplo, el que se emplease para asegurarse de los ladrones. (D. 4. 3. 1. § 3.)

(2) D. 6. 1. 48. f. Papin.—12. 6. 33. f. Jul.—44. 4. 14. f. Paul.

set. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.

árbol fijado en los confines de dos fundos, si extiende sus raíces al inmediato, se hace comun.

La regla formulada por Labeon y Gayo, *superficie solo cedit* (1), comprende en su generalidad, ya las construcciones: «*omne quod inædificatur solo cedit*» (2), ya las plantaciones: «*plantæ quæ terræ coalescunt solo cedunt*» (3). El momento en que se verifica el cambio de propiedad es cuando la planta ha brotado sus raíces en el nuevo terreno (*ubi coaluit*); entónces se forma el vínculo de adherencia que une el uno á la otra. Sin duda no puede decirse todavía que deba su sustancia al nuevo terreno, pues apénas ha llegado á prender; sin duda podria tambien en todo rigor verificarse la separacion, y trasladar la planta á otro lugar; pero el interes de la agricultura se opone á este derecho de trasplantacion. Por otra parte, despues de algun tiempo ya no sería justo, pues la planta se trasforma alimentándose.

Las decisiones de los párrafos precedentes, en cuanto á los derechos y medios de hacerse indemnizar, se aplican á las plantaciones con estas importantes diferencias: 1.°, que la accion de *tigno juncto* no se extiende á este caso (4); 2.°, que en ningun caso, despues que el árbol cae, se hace, como en los materiales, de su primer propietario; porque, como sucede á todos los cuerpos orgánicos, se renueva por medio de la nutricion, y llega á componerse sólo de sustancias nuevas (5).

Titii effici arborem dicimus. Parece que esta regla no ha sido unánimemente adoptada por los jurisconsultos romanos. Gayo la admitia, y Pomponio la rechazaba. Ambas opiniones las hallamos insertas en el Digesto (6).

XXXII. Qua ratione autem plantæ quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione, frumenta quoque quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is qui in alieno solo ædificaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi po-

32. Por la misma razon que las plantas arraigadas ceden al suelo, los granos sembrados siguen al suelo como accesion. Por lo demas, del mismo modo que el poseedor que ha edificado en suelo de otro, segun lo que hemos dicho, si el dueño vindi-

(1) Gay. 2. § 73.—Dig. 43. 17. 3. § 7. f. Ulp.
(2) Dig. 41. 1. 7. § 10. f. Gay.
(3) Ib. 9. tr. f. Gay.
(4) El propietario de la planta se hará indemnizar, ó por la accion *in factum* (D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul.), ó por una accion útil en vindicacion (Ib. f. 5. § 1. Ulp.).
(5) D. 41. 1. 26. § 2. f. Paul.
(6) D. 41. 1. 7. § 13. f. Gay.—47. 7. 6. § 2. f. Pomp.

test per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus; ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

ca contra él el edificio, puede defenderse por la excepcion de dolo, así tambien es protegido por esta excepcion aquel que á sus expensas y de buena fe ha sembrado el campo de otro.

XXXIII. Litteræ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.

33. La escritura, aunque sea hecha de oro, sigue en su accesion al papel ó al pergamino, como las obras ó las simientes siguen al suelo. Si por consiguiente, en tu papel ó en tu pergamino Ticio ha escrito versos, una historia ó un discurso, este libro no será de Ticio, sino tuyo. Pero si tú lo reclamas de Ticio como tuyo, sin estar dispuesto á pagar los gastos de escritura, podrá Ticio defenderse por la excepcion de dolo, en el caso en que de buena fe se halle en posesion del papel ó del pergamino.

Es inútil sin duda observar que no se trata aquí de la propiedad de la obra literaria, considerada en sí misma, sino sólo de la propiedad de la escritura. La cuestion tenía una importancia de aplicacion más inmediata en un tiempo en que, no existiendo la imprenta, la escritura de mano era el único medio de reproducir las obras.

XXXIV. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere. Sec nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accesionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente, is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit possideat *consequens est ut utilis actio* domino tabulæ adversus eum detur. Quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is

34. Si alguno ha pintado en tabla de otro, segun algunos jurisconsultos, la tabla cede á la pintura, y segun otros, la pintura, cualquiera que sea, cede á la tabla. Pero la primera opinion me parece preferible: sería ridículo, en efecto, que las obras de Apeles ó Parrasio siguiesen como accesion á una miserable tabla. De donde se sigue que si el dueño de la tabla se halla en posesion de la pintura, el pintor, que la vindicára sin pagar el precio de la tabla, podrá ser reconvenido por la excepcion del dolo. Pero si es el pintor quien posee, esta circunstancia exige que se dé contra él al dueño de la tabla una accion útil. En este caso podrá éste, si no paga el precio de la pintura, ser rechazado por la excepcion de dolo, con tal, sin embargo, que el pintor sea poseedor de buena fe. Es evidente que si la tabla ha sido roba-

qui pinxit subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

da, ya por el pintor, ya por otro, compete al dueño de ella la *actio furti*.

Aliis videtur. Paulo era de esta última opinion, pero Gayo, por el contrario, juzgaba que el lienzo debe ceder á la pintura. Sus opiniones, aunque diametralmente opuestas, se hallan ambas en el Digesto (1). Si la pintura se hiciese en las paredes de un edificio, sería preciso variar de opinion.

Consequens est ut utilis actio. Siendo el pintor propietario del cuadro, es regularmente el único que puede vindicarlo de cualquier poseedor. Si, pues, se da una accion en vindicacion al antiguo dueño de la tabla, no puede ser ésta más que una accion útil, es decir, una accion que sólo la equidad y la utilidad han introducido con el fin de que éste no pierda su tabla. Pero resulta de lo dicho que pagando la pintura, tendrá el cuadro. ¿Puede el pintor impedir esto y rechazar su accion, pagando el precio de la tabla? Los comentadores del derecho romano han sostenido esta cuestion. No conozco ningun texto que conceda al pintor dicha facultad. Los textos sólo hablan de la excepcion de dolo, que se le da para hacerse pagar el precio de la pintura. Sin embargo, es preciso confesar que dándose la accion útil sólo por equidad para impedir que el dueño del lienzo sea defraudado, esta accion se hace inútil si el pintor ofrece el precio del lienzo. De otra manera se veria en una posicion bien singular, cual es que para el pintor valdria más no poseer que poseer, pues en el primer caso podria, pagando el lienzo, vindicar el cuadro y conservarlo ; mas en el segundo se veria obligado á cederlo. ¿No sería más conforme á los principios romanos decidir que el pintor, pagando el lienzo, pudiese prevenir la accion útil, pero que no pudiese rechazarla una vez entablada? —Vinnio en este párrafo impugna la expresion *consequens est*, diciendo que estas disposiciones, léjos de proceder de las anteriores, son excepciones de ellas. Yo no sé si me equivoco, pero, segun mi juicio, la palabra *consequens* en el texto recae sólo sobre la circunstancia *si possideat*, siendo el sentido éste. Si el pintor posee, se sigue de esta circunstancia, etc.

Aquí se termina en la Instituta el exámen de los diversos hechos que la mayor parte de los comentadores han colocado bajo el

(1) D. 6. 1. 23. § 3. Paulo.—41. 1. 9. § 2. f. Gay.—Gay, comm. 2. § 78.

principio de la accesion, con denominaciones especiales, relativas á igual número de especies diversas: el aumento, el aluvion, la coalicion, la adjudicacion, la especificacion, la conmixtion, la confusion, la construccion, la plantacion, etc.

Los cuatro párrafos siguientes se hallan fuera de la materia que nos ocupa, cual es, los modos naturales de adquirir la propiedad. Así es que no se hallan en la Instituta de Gayo. Quizá se han colocado en este lugar, porque despues de haber dicho que los frutos pertenecen al propietario, se ha querido hablar de casos excepcionales en que los adquieren otros, como sucede al poseedor de buena fe, al usufructuario y al arrendatario. Sin embargo, el párrafo siguiente indica la posesion de buena fe como un medio de adquirir segun la razon natural.

XXXV. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet *justa causa bona fide* acceperit, naturali ratione placuit *fructus quos percepit ejus esse* pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus *ab eo consumptis* agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possedit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

35. Si alguno ha recibido de buena fe, de aquel que por error creia propietario, un fondo de tierra por venta, donacion, *ó cualquiera otra causa*, la razon natural ha aconsejado decidir que haga suyos los frutos que perciba, en recompensa de su cultivo y cuidado. Y si despues el dueño se presenta y vindica el fundo, no podrá demandar *los frutos* consumidos por el poseedor. En cuanto á aquel que á sabiendas posee el fundo de otro, no se le concede el mismo derecho; y con el fundo se le obliga á restituir todos los frutos, y áun los consumidos.

Justa causa, bona fide acceperit. Hay *justa causa* cuando se ha hecho al poseedor la tradicion, por una causa legal que lleve consigo la intencion de transferir la propiedad. Por ejemplo, por venta, dote, pago, etc. En adelante volverémos á tratar de esta materia. Poco importa ademas que la causa sea lucrativa, como un legado ó una donacion; nuestro texto no establece en este punto la menor diferencia. Hay posesion de buena fe, miéntras que el poseedor ignore que el que le ha entregado el fundo no es propietario de él. Pero si en adelante llega á conocer esta circunstancia, deja desde aquel momento de adquirir los frutos (1); diferencia grandísima de la usucapion, para la cual basta, como explicarémos, haber sido al principio de buena fe.

---

(1) D. 41. 1. 8. f. Paul.—Véase por tanto D. 22. 1. 25. § 2. f. Jul.

Fructus quos percepit ejus esse. Hay una regla frecuentemente propuesta por los jurisconsultos, y que importa observar bien por sus consecuencias, cual es, que el poseedor de buena fe, en cuanto á los frutos, se asimila al propietario (1). Pero es preciso para esto que hayan sido levantados del suelo. Miéntras que se hallan pendientes, forman parte del suelo y siguen su condicion; mas respecto del suelo, el poseedor sólo tiene los derechos que da la posesion. Pero una vez levantados, ya lo hayan sido por el mismo poseedor, ya por cualquiera otro, ó ya naturalmente, poco importa, pues los frutos empiezan á existir separadamente como frutos, como objetos muebles: en tal estado, el poseedor de buena fe puede venderlos, consumirlos, *vindicarlos*, en una palabra, y ejercer sobre ellos todos los derechos de propiedad (2). Por error se ha inferido de esto que era realmente propietario. No lo es contra el señor del fundo, á quien estará obligado á devolvérselos, ménos los que haya consumido: esto explica la contradiccion aparente de nuestro texto, que despues de haber hablado al principio de los frutos percibidos, sólo habla ya despues de los frutos consumidos.

Ab eo consumptis. Asimilado al propietario respecto de todos los frutos, desde el momento en que se levantan del suelo, el poseedor de buena fe sólo adquiere en definitiva los que consume (3). Los que todavía existen debe devolverlos, pues retenerlos sería enriquecerse con perjuicio de otro. Pero los que ya no existen no puede pedírselos el propietario. Los ha consumido de buena fe; y obligarle á dar un valor sería causarle generalmente un perjuicio efectivo. Obsérvese que el cultivo y el cuidado que ha aplicado á la produccion de los frutos no son un motivo suficiente para hacérselos atribuir cuando se presenta el propietario. La única consecuencia equitativa que puede deducirse es que tiene derecho á ser indemnizado de sus fatigas y gastos. Pero el hecho del consumo de buena fe altera el estado de la cuestion. Es preciso necesariamente que sufran las consecuencias perjudiciales, ya el poseedor de buena fe que sólo ha consumido los frutos de que se creia dueño, ya el propietario, cuya negligencia es una de las causas principales del error. La razon condena esto último.

---

(1) *In percipiendis fructibus, in juris habet quod dominis tributum est* (D. 22. 1. 25. § 1. f. Jul.). *Quod ad fructus attinet loco domini pene est* (D. 41. 1. 48. f. Paul.).

(2) D. 7. 4. 13. f. Paul.—D. 41. 1. 48. f. Paul.

(3) D. 41. 1. 40. f. Afric.—41. 3. 4. § 19. f. Paul.—42. 1. 41. § 1.—20. 1. 1. § 2. f. Papin.—10. 1. 4. § 2. f. Paul.

¿Ganaria el poseedor de buena fe, consumiéndolos, los frutos naturales, es decir, los que la tierra produce espontáneamente, sin ningun cultivo por su parte? Esta cuestion ha sido agitada por los comentadores. Sin entrar en una larga discusion, diré que un fragmento de Pomponio expresa terminantemente que no los adquiere (1), miéntras que otro fragmento de Paulo parece decir positivamente que los adquiere (2). Lo que hay de cierto es que respecto de estos frutos, lo mismo que de todos los demas, se le asimilaba á un propietario desde que se alzaban del suelo; ¿pero debia dar cuenta de ellos al señor del fundo, áun despues de haberlos consumido? A mi juicio en esto consiste toda la cuestion; y la distincion que yo hago puede servir para esclarecerla.

En suma, no creo inútil repetir, como análisis de este párrafo, que el poseedor de buena fe tiene, en cuanto á los frutos, dos ventajas bien distintas: la primera, de ser considerado como propietario, y poder ejercer todos los derechos de tal respecto de cualesquiera frutos desde que se han lanzado del suelo; la segunda, de no deber dar cuenta al señor del fundo de los frutos consumidos.

XXXVI. Is ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad hæredes ejus non pertinet, sed domino proprietatis acquiruntur. *Eadem fere* et de colono dicuntur.

36. El usufructuario de un fundo no se hace propietario de los frutos sino á proporcion que los percibe. Si á su muerte los frutos, aunque maduros, no han sido todavía recolectados, pertenecen absolutamente, no á sus herederos, sino al dueño de la propiedad. Casi lo mismo se dice respecto del arrendatario.

Cuando hablemos del usufructo volverémos á examinar estas disposiciones, extrañas á la materia que nos ocupa.

Eadem fere. Lo mismo que el usufructuario, tampoco se hace el arrendatario propietario de los frutos sino cuando los percibe: en adelante extenderémos las consecuencias de este principio (3). Pero con la diferencia del arrendatario respecto del usufructuario, que, muriendo aquél, trasmite su arrendamiento, y por consiguiente sus derechos, á sus herederos (4).

(1) D. 22. 1. 45. f. Pomp.
(2) D. 41. 1. 48. f. Paul.
(3) D. 19. 2. 60. § 5. f. Javol.
(4) Cod. 4. 65. 10. c. Gord.

XXXVII. In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac, pili et lana, itaque agni hœdi et vituli, et equuli, et suculi, statim naturali jure dominio fructuarii sunt. Partus vero ancillæ *in fructu non est*, itaque ad dominum proprietatis pertinet : absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.

37. En los frutos de las bestias se colocan las crías lo mismo que la leche, el pelo ó la lana. Así los corderos, los cabritos, las vacas, los potros, los lechones, se hacen por su naturaleza, al nacer, propiedad del usufructuario. Pero entre los frutos de una esclava *no se entienden sus hijos*, que por consiguiente pertenecen al dueño de la propiedad. Pareceria absurdo, en efecto, considerar como fruto al hombre, para quien la naturaleza lo ha criado todo.

In fructu non est. Esta cuestion, como nos lo dice Ciceron, habia sido discutida entre los antiguos jurisconsultos (1). Ulpiano da la misma decision que Gayo, de quien se ha sacado el pasaje de la Instituta ; pero da otra razon : «*Fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant*» (2). Así, segun él, los hijos de una esclava no son frutos, porque no se compra una esclava con el objeto especial de hacerla producir. Pero esta razon sería igualmente aplicable á todos los animales, en quienes se buscan más bien los servicios que las crías, como una vaca de la labor, una burra ó una mula para el trasporte, etc. Sin embargo, no sucedia así, y debe reconocerse que las dos razones, diferentes en la apariencia, coinciden realmente en la misma idea. Aunque el esclavo se hallase colocado entre las cosas, habria sido descender al último escalon de la degradacion considerarlo destinado á dar crías, y asimilar sus hijos á los frutos de la tierra. En cuanto al hecho, y llegando al orígen de la cuestion, se ve que un sentimiento de dignidad hácia el hombre lo habia hecho realzar por los jurisconsultos filósofos, y dictado la decision inserta en la Instituta.

XXXVIII. Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet, ut ex Juliano visum est, et in venearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere; recte enim colere, et quasi bonus pater familias uti debet.

38. El usufructuario de un rebaño debe con las crías reemplazar las cabezas muertas, como era opinion de Juliano; y el usufructuario de un campo debe reemplazar las viñas y árboles que perezcan; pues debe cultivar y usar del terreno como un buen padre de familia.

Este párrafo corresponde absolutamente á la materia del usufructo.

---

(1) Cicer. *De fin. bon. et mal.* lib. 1. cap. 6.
(2) D. 5. 3. 17. f. Ulp.

XXXIX. Thesauros quos quis in loco suo invenerit, *divus Hadrianus*, naturalem equitatem secutus ei concessit qui invenerit. Idemque statuit si quis *in sacro aut religioso* loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera *sed fortuitu invenerit*, dimidium inventori, *dimidium domino soli* concessit. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est ut si quis in fiscali loco, vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci, vel civitatis.

39. Siguiendo el *emperador Adriano* la equidad natural, concedió á aquel que los descubra, los tesoros encontrados por alguno en su propio fundo, y estableció lo mismo respecto de aquellos que fuesen hallados por acaso en un lugar *sagrado y religioso*. En cuanto al tesoro que alguno encontrase en el fundo de otro *por acaso* y sin buscarlo, concedió la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño del suelo. Y como consecuencia estatuyó que el tesoro hallado en la propiedad de César fuese la mitad del descubridor y la otra mitad de César. De donde se sigue que el que se descubre en un paraje correspondiente, ya al público, ya al fisco ó ya á una ciudad, debe ser por mitad del descubridor, y del fisco ó de la ciudad.

Encontramos en un fragmento de Paulo, que se halla en el Digesto, una definicion del tesoro en estos términos : « *Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat* » (1). Dos hechos constituyen el carácter esencial del tesoro ; á saber : el depósito de la cosa hecho en otro tiempo en un lugar cualquiera (*vetus depositio*), y la pérdida de todo recuerdo de propiedad acerca de aquella cosa (*cujus non extat memoria*).

El tesoro no se halla verdaderamente colocado en la clase de las cosas *nullius*, porque la propiedad nunca se ha perdido realmente, sino sólo borrado los recuerdos de ella. Por otra parte, no es exacto decir que sea accesion del suelo porque en él se halla oculto, aunque no forma parte integrante de él, parte subordinada. Ni el descubridor, ni el propietario tienen en todo rigor derecho de propiedad para reclamarlo, ya por ocupacion, ya como accesion : el legislador habria, por ejemplo, podido decidir que habiendo desaparecido toda memoria de propiedad privada, el tesoro sería público y perteneceria al Estado. Pero juzgando más conveniente abandonarlo á los particulares ; tomando en consideracion por una parte el hecho del descubrimiento que sacó á luz una propiedad sepultada, y por otra, la situacion del objeto que parecia ofrecer-

(1) D. 41. 1. 31. § 1. f. Paul. La palabra *pecuniæ* debe entenderse en este fragmento como lo es comunmente en las leyes romanas, es decir, en un sentido general.

se más fácilmente al propietario para que lo descubriese ; para evitar el desagrado que naturalmente experimentarian al verse privados completamente de lo que el uno habia descubierto y de lo que se habia llegado á descubrir en terreno de otro, y que parecia, por decirlo así, destinado para él, la ley romana distribuye el tesoro por mitad entre el descubridor y el propietario. No hay ocupacion ni accesion verdaderas; pero hay analogía entre estas ideas y los motivos que decidieron al legislador en la atribucion que hace de la propiedad.

Divus Hadrianus. Todas las decisiones citadas en este párrafo corresponden á Adriano. El historiador Elío Esparciano, en la vida de este Príncipe, analiza de este modo sus disposiciones: «*De thesauris ita cavit ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur ; si quis in alieno dimidium domino daret; si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur* (1).

In sacro aut religioso. Estos lugares eran *res nullius*, y nadie podia reclamar la parte concedida al propietario. Sin embargo, en cuanto al territorio de las provincias, cuyo dominio estaba reputado como perteneciente al pueblo ó á César, y acerca del cual nos dice Gayo que no podia realmente haber en él lugar sagrado ni religioso, la mitad del tesoro en el mismo descubierto debia volver al pueblo ó á César en calidad de propietario. Esto es lo que nos explica un fragmento mal comprendido del Digesto, en el cual vemos que Marco Aurelio y su hermano Lucio Vero habian atribuido esta parte al fisco (2). Sea como quiera, las Instituciones sancionan la determinacion de Adriano, porque en tiempo de Justiniano se acabó toda distincion en cuanto al suelo del imperio.

Fortuitu invenerit. Acerca de este objeto es digna de observacion una constitucion del emperador Leon, inserta en el Código de Justiniano (3). Se permite á cualquiera que busque tesoros dentro de su propiedad, con tal, dice aquel Emperador, que no se haga con el auxilio de sacrificios criminales, ó por cualquier otro medio odioso que las leyes deban castigar. Las leyes mismas de aquellos tiempos estaban señaladas con la marca de ideas supersticiosas.

---

(1) Ælius Spartiam. *In Hadrian.*, p. 9, edicion de Paris, 1620, en fól.
(2) D. 49. 14. 3. § 10, f. Calist. Este fragmento se entiende en otro sentido por muchos comentadores.
(3) C. 10. 15. Const. única.

Añade la misma constitucion que si se hacen excavaciones de intento en el fundo de otro, todo lo que se descubra corresponderá al dueño del fundo.

Dimidium domino soli. Una constitucion que se encuentra en el Código teodosiano y que pertenece á los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio (1), sólo concedia la cuarta parte al propietario del fundo. Justiniano se refiere á las disposisiones de Adriano.

Hemos llegado al último medio natural de adquirir que tenemos que examinar, cual es la tradicion. No es necesario repetir los detalles históricos que hemos dado acerca de esta materia. Sabemos que la tradicion se hacía sin ninguna solemnidad, y que se aplicaba en tiempo de Justiniano á todas las cosas corpóreas.

Existe una íntima relacion entre posesion y tradicion, porque la tradicion no es más que la entrega de la posesion (*possessionis translatio*).

Yo puedo entregaros mi cosa sin ninguna intencion ni por mi parte ni por la vuestra de haceros propietario de ella ; por ejemplo, cuando os presto ó cuando os doy á guardar mi caballo. En este caso sólo os doy la *posesion física.* Esta tradicion, puramente corporal (*nuda traditio*), no os hace ante la ley ni poseedor ni propietario, aunque tenga algun efecto legal.

Yo puedo daros mi cosa con intencion, tanto por mi parte como por la vuestra, de que seais propietario de ella, en cuyo caso os doy la *posesion legal.* Esta tradicion os hace á un tiempo poseedor y propietario.

En efecto, respecto de las cosas *nullius*, cuya posesion y cuya propiedad no son de nadie, si tomais la posesion de ellas, al punto os haceis propietario. Respecto de las cosas privadas, cuya posesion y cuya propiedad corresponden á otro, si el propietario que puede enajenar os da la posesion con intencion de transferiros la propiedad, al punto os haceis propietario de ellas. En el primer caso (*occupatio*), la sola posesion de que vos mismo os apoderais es la que produce la propiedad. En el segundo (*traditio*) se os da la posesion por el propietario, unida á la voluntad de este propietario.

Esto supuesto y teniendo presente que la posesion legal se com-

---

(1) Cod. Teod. lib. 10. tit. 10. *De thesauris*, const. 2.

pone de dos elementos, cuales son el hecho y la intencion: el hecho, que consiste en que la cosa se halle de un modo cualquiera á nuestra libre disposicion; la intencion, que consiste en la voluntad de poseer como dueño, es fácil deducir que las reglas de la tradicion son: 1.ª Que la cosa haya sido puesta de un modo cualquiera á disposicion de aquel á quien se le quiere dar. 2.ª Que haya sido entregada y recibida con intencion de transferir la propiedad de ella (1). Cuando estas dos circunstancias se reunen hay tradicion de la posesion legal, pero para que la propiedad sea al punto transferida, es preciso: 3.ª Que esta tradicion se haga por el propietario que tenga capacidad para enajenar.

Se han distinguido muchas especies de tradiciones; pero así como no existe más que una sola posesion legal, tampoco existe para adquirir la propiedad más que una sola ocupacion y una sola tradicion, consistente la una en la adquisicion de la posesion legal, y la otra en la entrega de esta posesion, hecha con el objeto de transferir la propiedad. En cuanto á las circunstancias particulares que pueden presentarse, sólo producen modificaciones accesorias que en nada se oponen á los principios fundamentales.

Como en las cosas incorpóreas no puede haber, propiamente hablando, posesion, tampoco puede haber tradicion (2). Pero pues se ha admitido respecto de estas cosas en ciertos casos una *casi posesion*, que consiste en el ejercicio del derecho, existe tambien en ciertos casos una especie de tradicion que consiste en dar y en tolerar el ejercicio del derecho (3). Esto es lo que generalmente se llama *casi tradicion*.

Sólo me resta ya que hacer una reflexion, que es importante, porque se refiere al carácter general del derecho romano.

No siendo la propiedad un hecho, sino un derecho, un producto de la ley, es posible sin duda establecer en una legislacion que esta propiedad sea transferida de una persona á otra por la sola voluntad de las partes en virtud de la ley, y sin ningun hecho exterior. Tal es la regla adoptada en el derecho frances. Pero tambien puede exigirse, para que la propiedad sea transferida, que haya habido, ademas de la convencion de las partes, la entrega de

---

(1) D. 44. 7. 55. f. Javol.

(2) *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est* (Gay. 2. § 28.—D. 41. 1. 43. § 1. f. Gay.)

(3) D. 7. 1. 3. pr. f. Gay.—8. 1. 20. f. Javol.—6. 2. 11. § 1. f. Ulp.

la posesion. ¿Ofrece este sistema más ó ménos ventajas que el primero? Diré solamente que es mucho más natural, y que la propiedad, que es un derecho respecto de todos, se halla entónces manifestada á todos por el signo exterior que regularmente la acompaña y que la hace presumir; el poder, la posesion. Este era el sistema sancionado por las leyes romanas; y una constitucion de Diocleciano expresa en estos términos el principio: «*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (1). Así en este sistema las convenciones legalmente formadas tenian por efecto ligar á las partes y obligarlas á dar lo que habian prometido, aunque no trasladaban la propiedad. Para verificar esta traslacion era preciso, por regla general, que la cosa hubiese sido entregada.—¿Se aplicaba esto á los objetos incorpóreos? ¿Bastaba la sola convencion para dar estos objetos? ¿Ó era precisa la casi tradicion en los casos en que podia tener lugar? Esta cuestion la examinarémos en adelante.

No debe creerse que fuese la tradicion el único medio de adquirir, ó que la propiedad no se transmitiese nunca en virtud de la ley, sin que hubiese posesion. Verémos lo contrario en los legados, en las donaciones *mortis causa*, en las sucesiones, etc., y explicarémos los motivos. Paso ahora á explicar los pormenores.

XL. Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi: et ideo *cujuscumque generis sit* corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia quæ in provinciis sunt, inter quæ nec non et italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia; sed si quidem ex causa donationis aut dotis, aut *qualibet alia ex causa* tradantur, sine dubio transferuntur.

40. Segun el derecho natural adquirimos las cosas por tradicion. En efecto, que la voluntad del propietario que quiere transferir su cosa á otro reciba su ejecucion, nada es más conforme á la equidad natural. Así la tradicion puede aplicarse á toda cosa corpórea; y hecha por el propietario produce enajenacion. Por este medio se enajenan los fundos estipendiarios ó tributarios, que así se llaman los fundos situados en las provincias. Pero entre ellos y los de Italia no existe, segun nuestra constitucion, ninguna diferencia. La tradicion que se hace por donacion, por dote ó por cualquiera otra causa, sin duda alguna transfiere la propiedad.

Cujuscumque generis. No han de entenderse estas palabras en el sentido de que toda cosa corpórea, y áun los templos, los edificios

(1) Cod. 2, 3. 20. c. Diocl. y Max.

públicos, el sol, etc., puedan ser entregados. Los redactores de la Instituta han querido hacer alusion á la variacion introducida por Justiniano, que hizo la tradicion aplicable á toda cosa corpórea, sin distincion de las que eran *mancipii* ó *nec mancipii*. Esto es lo que explican las frases siguientes. La constitucion que ha consagrado esta variacion, y de la que habla nuestro texto, es la misma que hemos citado en otra parte.—Sabemos que por *bienes estipendiarios* se entendian los fundos de las provincias atribuidos al pueblo, y por *bienes tributarios* los atribuidos al emperador (*Hist. del der.*, pág. 235).

Qualibet alia ex causa. El hecho físico de la tradicion no transfiere la propiedad, si para ello no hay una causa justa. «*Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, ut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur*» (1).

Los jurisconsultos romanos entienden por *justa causa* de la tradicion un contrato ó un hecho cualquiera que lleve consigo como consecuencia la voluntad de transferir la propiedad, y con este objeto hacer la tradicion.

Así la tradicion hecha por un niño ó por un loco, sin que ningun hecho haya podido determinar en ellos ninguna voluntad, no tiene causa y no produce ningun derecho. La tradicion hecha por causa de préstamo, de arrendamiento, de depósito, contratos que no llevan consigo la voluntad de transferir la propiedad, no tiene lo que se llama una justa causa (*justa causa*), y no produce la propiedad. Hasta aquí hay sólo entrega de la posesion física, y por consiguiente, *tradicion puramente física* (*nuda traditio*). Pero la tradicion hecha por causa de venta, de pago, de cambio, de legado, de donacion, de cualquier otro contrato ó cualquier otro hecho, con tal que lleve consigo como consecuencia la voluntad de transferir la propiedad, tiene una justa causa, y produce al mismo tiempo la entrega de la posesion legal y la traslacion de la propiedad. Hay más: puede este contrato, este hecho, no haber sido determinado sino por el dolo de una de las partes cometido contra la otra (2); ó bien puede haber ocurrido equivocacion entre las partes, dando la una por tal causa, y la otra recibiendo por otra (3); poco importa, pues basta que el hecho haya producido

(1) D. 41. 1. 31. f. Paul.—Ulp. Reg. 19. 7.—Gay 2. § 20.
(2) C. 4. 44. 10.
(3) 41. 1. 36. f. Jul.—A pesar de 12. 1. 18. f. Ulp.

la voluntad de transferir la propiedad, para que la tradicion produzca sus efectos, es decir, la enajenacion de la cosa, salvas las acciones personales que pudiese haber en estos casos (1).

XLI. Venditæ vero res et traditæ, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti *expromissore* aut pignore dato. Quod cavetur quidem ex *lege Duodecim Tabularum*, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali, id effici : sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.

41. Pero las cosas vendidas y entregadas no las adquiere el comprador sino cuando ha pagado el precio al vendedor, ó satisfecho á este último de cualquier manera, como, por ejemplo, dándole un *expromisor* ó una prenda. Este principio se halla sancionado *por la ley de las Doce Tablas*, lo que no impide que con razon se diga que procede del derecho de gentes, esto es, del derecho natural. Mas si el vendedor ha seguido la fe del comprador, es preciso decidir que la cosa la adquiere inmediatamente el comprador.

El que vende no tiene intencion de transferir la propiedad sino cuando se le paga el precio. Si no se le paga, la propiedad no ha sido transferida. Mas si el vendedor se ha contentado con recibir una prenda, una fianza, un expromisor, por este solo hecho ha consentido en transferir inmediatamente la propiedad, y en quedar siendo únicamente un acreedor por el precio. Lo mismo sucede absolutamente cuando satisfecho de la fe del comprador no exige ninguna seguridad, como, por ejemplo, cuando le concede un plazo para el pago, ó cuando en este particular confia en su buena fe. Pero este hecho debe probarse por el comprador.

Expromissore. Designa esta palabra un tercero que promete al acreedor pagar él mismo la obligacion, y que de esta manera deja libre al deudor.

Lege Duodecim Tabularum. Esta frase es notable en cuanto apoya la opinion que yo he adoptado, de que la venta y la tradicion natural existian, áun bajo las Doce Tablas, para las cosas *nec mancipii.*

---

(1) Véase Dig. lib. 12, tit. 6 y 7. — M. Warnkœnig se ha separado de la opinion comun en una disertacion sobre este asunto (*in Archiv. fur die civilist. Praxis*, vol. VI, p. III-133) y en sus comentarios del derecho romano (t. 1, p. 374 y sig.). Entiende por *justa causa* la voluntad de transferir la propiedad manifestada por un hecho cualquiera. Esta opinion tiene alguna cosa de más general, porque en definitiva es siempre la voluntad de transferir la propiedad la que produce la tradicion y le da sus efectos. Pero no es éste el sentido que daban los jurisconsultos romanos á la palabra *causa*. Todos los textos prueban que entendian por ésta el hecho que determinaba la voluntad de transferir la propiedad, y no la voluntad misma.

XLII. Nihil autem interest utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius.

42. Mas nada importa que la tradicion se haya hecho por el mismo dueño ó por otro segun su voluntad.

XLIII. Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex iis negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

43. Por esta razon, si aquel á quien el dueño ha confiado la libre administracion de todos sus bienes, vende y entrega una de las cosas comprendidas en su administracion, transfiere la propiedad de ella.

Siempre, porque procede conforme á la voluntad del dueño, de quien sólo es un instrumento. Este párrafo da orígen á la cuestion de saber si el mandato general de administrar da poder para vender. No es éste el lugar de discutirla detenidamente. Pero debe observarse que semejante mandato da siempre el derecho de hacer las ventas que exijan las circunstancias, y que entran por lo mismo en la administracion, como, por ejemplo, la de los frutos y otros objetos que pueden experimentar deterioro (1). Ademas, conviene notar la expresion de nuestro texto : *Libera universorum negotiorum administratio*, expresion que se encuentra en el Digesto, en fragmentos de Gayo y Paulo (2), y que indica la gran latitud que se da al administrador. Esto lo confirma la paráfrasis de Teófilo.

XLIV. Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam tibi aliquis commodavit, aut locavit, aut apud te deposuit vendiderit tibi, aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi adquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tradita fuisset.

44. Alguna vez basta sin tradicion la sola voluntad del dueño para enajenar; como, por ejemplo, si la cosa que ha dado á préstamo, en arrendamiento ó depósito, te la vende ó te la da, aunque en ejecucion de esta venta ó de esta donacion no te la haya entregado, por sólo el hecho de consentir en que se haga tuya, al punto adquieres la propiedad, como si con este objeto se hubiese verificado la tradicion.

Partiendo del principio de que es preciso para que la propiedad por consecuencia de una convencion sea transmitida de una persona á otra, reunir la posesion legal del objeto y la voluntad del propietario de transferir su propiedad, se deduce : 1.°, que si deteneis mi cosa porque os la he prestado, alquilado, etc., teneis ya el he-

(1) D. 3. 3. 63. f. Modest.
(2) D. 3. 3. 58. f. Paul. — 41. 1. 9. § 4. f. Gay.

cho corporal de la posesion. A este hecho se junta la intencion desde que convenimos en que se os transferirá la propiedad : adquirís, pues, la posesion legal, y hay ademas la voluntad del propietario de enajenar. Así es que adquirís la cosa. No ha habido tradicion corporal del objeto, porque ya estaba en vuestro poder; pero ha habido por nuestra sola voluntad entrega de la posesion legal, y por consiguiente, traslacion de propiedad (1);

2.° Que si, vendiéndoos ó donándoos mi cosa, convenimos en que yo he de retenerla en usufructo, arrendamiento, prenda, etc., principio al punto á poseer por vos, adquirís la posesion legal, y hay ademas voluntad del propietario de enajenar; por consiguiente se transfiere la propiedad (2). No ha habido tradicion corporal del objeto, pero ha habido toma de la posesion legal;

3.° Que si teneis ya la posesion legal de mi cosa, como, por ejemplo, porque la habeis comprado, recibido en donacion ó en legado, de una persona que no era propietario de ella, sólo os falta la voluntad del propietario de enajenar; si esta voluntad se manifiesta, si yo consiento en que adquirais la cosa, al momento se verifica (3). Este caso es muy notable, porque no ha habido ninguna toma de posesion, pues ya la teniais.

En todos estos casos la sola voluntad transfiere la propiedad sin ninguna entrega corporal; porque, ó la posesion legal existia ya en favor del que adquiere, ó ha bastado la sola voluntad para dársela.

Los antiguos comentadores han usado en estos casos el nombre de *tradicion ficticia*, pretendiendo que debe suponerse que ha habido una tradicion ; por ejemplo, que me habeis devuelto la cosa que yo os habia prestado ó que poseiais, y que yo despues os he entregado, ó bien que os he entregado la cosa que os vendia, y que despues me la habeis dado en arrendamiento, etc. Pero estas suposiciones no serian en este lugar absolutamente de ninguna utilidad (4), porque para transferir la propiedad no es indispensable

(1) D. 41. 1. 9. § 5. f. Gayo.

(2) C. 8. 54. 28. c. Honor y Teod.—D. 6. 1. 77. f. Ulp.

(3) D. 41. 1. 21. § 1. f. Pomp.

(4) Digo *en este lugar*, porque hay casos particulares en que estas suposiciones no carecerian de resultado. Por ejemplo, en el *mutuum*, á causa del principio de que no se puede dar en *mutuum* sino aquello de que uno es propietario. Así los jurisconsultos romanos discutian en este caso acerca de la admision de tales suposiciones (D. 12. 1. 15. f. Ulp.—17. 1. 34. pr. f. Afric.). El error de los comentadores procede de haber aplicado á la adquisicion de la propiedad lo que era especial en ciertas circunstancias determinadas.

la tradicion corporal, sino la posesion legal: siempre que haya esta última sin tradicion es aquélla completamente inútil.

Los comentadores han usado tambien para los mismos casos la expresion de tradicion de *breve mano*, tomada de un fragmento del Digesto (1); y en oposicion á ésta, la de tradicion de *larga mano*, sacada tambien del Digesto (2), y aplicable al caso de que el que adquiere no se haya en cierto modo apoderado de los objetos sino con la vista, especie de *mano larga;* por ejemplo, cuando se ha puesto en su presencia un talego de dinero, ó cuando se le ha señalado con el dedo el campo que se le entregaba. Sin disputar acerca de las expresiones de *breve* y *larga mano*, es preciso decir que para adquirir la propiedad no existe más que una sola tradicion, que consiste en la entrega de posesion, entrega que puede efectuarse por todos los medios propios para poner la cosa á disposicion del adquirente. Estos diversos medios pueden enunciarse por medio de expresiones diferentes, por ejemplo, *recibir la cosa de larga mano;* pero no se sigue de esto que haya otras tantas especies diversas de tradicion.

XLV. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

45. Del mismo modo el que ha vendido géneros depositados en un almacen, desde el momento en que entrega al que adquiere las llaves del almacen, le transfiere la propiedad de los géneros.

Porque los pone á su disposicion: hay entrega de la posesion. Pero es preciso añadir que la entrega de las llaves, para que produzca este efecto, debe hacerse cerca de los almacenes (*apud horrea*). Esto es lo que dice terminantemente Papiniano (3), y lo que repite la paráfrasis de Teófilo. Los comentadores han llamado á esta tradicion *tradicion simbólica*, suponiendo que las llaves son el símbolo de los géneros. Esta suposicion, que no está justificada en ningun texto, es tanto más arbitraria, cuanto que habiendo consa-

(1) *Quotiens autem extraneus accepto fert, debitori dotis constituendæ causa, si quidem nuptiæ insecutæ non fuerint, liberatio non sequetur; nisi forte sic accepto tulli ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est* brevi manu *acceptum a muliere, et marito datum* (D. 23. 3. 43. § 1. f. Ulp.). Hé aquí un caso en que era útil esta suposicion para hacer adquirir á la mujer.

(2) *Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut et tu statim libereris, et mea esse incipiant. Nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur, acquisita mihi, et quodammodo* manu longa *tradita existimanda est* (D. 46. 3. 79. f. Javol.).

(3) *Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint* (D. 18. 1. 74. f. Pap.).

grado la legislacion romana muchos actos simbólicos, como ciertas formalidades de las acciones de la ley, las manumisiones, las cesiones *in jure*, etc., es preciso abstenerse de colocar entre tales actos aquellos que nunca estuvieron comprendidos entre ellos.—Por lo que respecta á la tradicion, recordemos que hay hecho de posesion siempre que la cosa se encuentra, sea del modo que quiera, á disposicion del que la adquiere (1).

XLVI. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transferit rei proprietatem: ut ecce, prætores et consules, qui missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus, et tamen quia volunt quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

46. Con frecuencia hay casos en que, aunque se dirija á una persona indeterminada, la voluntad del dueño transfiere la propiedad. Así, pues, los pretores y los cónsules que dan el dinero al pueblo ignoran lo que tocará á cada uno; pero como quieren que cada uno adquiera lo que pueda coger, le hacen al momento propietario de ello.

La tradicion y la ocupacion concurren en cierto modo en el caso presente para dar la propiedad; pero todo está fundado en la voluntad del dueño.

De la pérdida de la posesion y de la propiedad.

Constando la posesion legal del hecho y de la intencion, debe dejar de existir si falta uno de estos elementos. En efecto, un fragmento del Digesto consagra este principio: *Possessionem amitte vel animo vel etiam corpore* (2).

La posesion legal se pierde por el hecho (*corpore*, *facto*) desde que la cosa cesa de estar á nuestra disposicion. Por ejemplo, para las cosas muebles, si la cosa nos ha sido sustraida ó arrebatada con violencia (3); si la hemos perdido de tal modo que ignoremos absolutamente su paradero (4); si las piedras que nos pertenecen

(1) Esta teoría sencilla y conforme á los textos, que ha hecho desaparecer las sutilezas introducidas respecto á las tradiciones, fué expuesta primero en aleman por M. de Savigny en su tratado de la posesion, y pronto se adoptó generalmente.

(2) D. 41. 2. 44. § 2. f. Pap. Véase en el mismo título el fragmento 8. de Paulo, que dice que la posesion no cesa sino cuando se pierde á la vez el hecho y la intencion. *Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla omittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Opinion que se encuentra repetida en iguales términos en otro fragmento del mismo jurisconsulto (D. 50. 17. 153). Estos dos textos, que forman una antinomia muy marcada, no pueden destruir el principio y las leyes que lo consagran.

(3) D. 41. 2. 15. f. Gayo, y 3. § 18. fr. Paul.

(4) Ib. 25. pr. f. Pomp., y 3. § 13. fr. Paul.

han sido sumergidas en el Tíber (1); si el animal silvestre que teníamos encerrado ha recuperado su libertad natural.

Respecto de las cosas inmuebles, si uno ha sido arrojado violentamente de sus fundos (*vi dejectus*) (2); y si el rio ó la mar inundan vuestro terreno (3). Pero sería un error creer que por el mero hecho de estar ausente se deja de poseer; el hecho de posesion legal no consiste en que realmente tengamos la cosa, sino en que esté á nuestra entera disposicion. Por lo demas, la ausencia no sirve de obstáculo á este hecho (4). Esto ha dado orígen á este adagio : *Animo retinetur possessio.*

La posesion legal se pierde por la intencion (*animo*) desde que se ha establecido que ya no queremos poseer aunque retengamos todavía la cosa (5). Tal es el caso en que vendemos la cosa, reteniéndola en arrendamiento ó á préstamo.—El pupilo y el demente, no teniendo voluntad legal, no pueden de este modo perder posesion (6).

En cuanto á la propiedad, sin entrar en el pormenor de todos los hechos que la destruyen, nos basta decir que se pierde forzosamente: 1.º Cuando el que la tenía se hace incapaz de ser propietario, como sucede cuando muere ó cuando es hecho esclavo. 2.º Cuando la cosa parece ó sale del patrimonio de los hombres, como sucede con los objetos que se hacen sagrados y religiosos, ó con el animal silvestre que recobra su libertad. 3.º Cuando la propiedad se transfiere á otro, lo que es relativo al conocimiento de los modos con que se verifica esta traslacion; y 4.º, en fin, cuando el propietario desecha su cosa porque ya no la quiere. Sólo de este caso hablan los dos párrafos siguientes.

XLVII. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelic-

47. Segun esto, es muy exacto decir que el que se apodera de una cosa abandonada por su dueño se hace al momento propietario de ella. Se considera como abandonado lo

(1) D. 41. 2. 13. f. Ulp.

(2) Ib. 3. §§ 8 y 9. f. Paul.—41. 3. 4. § 22. f. Paul.

(3) Ib. § 17.

(4) Ib. § 11.—Ademas vemos en Papiniano y en los jurisconsultos que han seguido su parecer, que si en vuestra ausencia se apodera alguno de vuestro fundo, no perdeis la posesion miéntras lo ignoreis, sino cuando, sabiéndolo, se disputan ó desconocen vuestros derechos, (Ib. 46. f. Pap.; 3. §§ 7 y 8. f. Paul.; 6. f. Ulp.; 25. § 2. f. Pomp.)

(5) Ib. 3. § 6. f. Paul. La conclusion de este párrafo es ésta: *Agitur amitti et animo solo potest quamvis adquiri non potest.*

(6) Ib. 29. f. Paul., y 27. f. Procul.

to autem habetur quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nolit; ideoque *statim dominus esse desinit.*

que el dueño desecha, porque no quiere tenerlo más entre sus bienes; de lo que se sigue que *cesa* desde aquel instante de ser propietario de ella.

Statim dominus esse desinit. Porque pierde al instante la posesion legal y la intencion de propiedad. Un fragmento de Paulo, en el Digesto, nos dice que, segun Próculo, la propiedad de la cosa abandonada no debia perderse hasta que otro se apoderase de ella; pero esta opinion no se siguió, y con razon: miéntras que de la cosa abandonada nadie se apodera es *res nullius*; y desde que alguno se apodera de ella, éste la adquiere (1).

XLVIII. Alia causa est earum rerum quæ in tempestate maris, levandæ navis causa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua causa, si quis, eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

48. Otra cosa sucede con aquellos objetos que en una tempestad se arrojan al mar con el propósito de aligerar la nave: siempre se conserva la propiedad de ellos; porque seguramente no se los arroja porque no se los quiera, sino porque se quiere con la nave escapar más fácilmente de los peligros de las olas. Por esta razon, comete un robo el que con intencion de apropiárselos los arrebata de la costa á donde la tempestad los ha arrojado, ó del seno del mar. No parece que hay diferencia entre estas cosas y las que en la carrera de un carruaje caen al suelo sin que el dueño de ellas lo eche de ver.

De este párrafo debemos deducir que el abandono de la cosa no hace perder la propiedad sino cuando se verifica con intencion de deshacerse de la propiedad. Los ejemplos citados en el texto comprenden la aplicacion de este principio. Una ley del Digesto, relativa á lo que se arroja al mar, parece opuesta á nuestro párrafo (2); pero leyéndola atentamente se ve que todo se reduce á una cuestion de intencion. No hay sobre esto la menor duda.

DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LA POSESION Y Á LA PROPIEDAD.

No es tiempo de entrar en el pormenor de todas las acciones relativas á la posesion y á la propiedad; pero son indispensables algunas ideas generales.

---

(1) D. 41. 7. 2. f. Paul.
(2) D. 47. 2. 43. § 11. Ulp.

La posesion y la cuasi posesion se hallaban especialmente protegidas por los llamados interdictos (*interdicta*). Hemos explicado en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, núm. 99, p. 151, la naturaleza particular de esta institucion. Sabemos que los interdictos se usaban en los negocios urgentes que podian producir entre las partes recursos de hecho : de este número eran los relativos á la posesion y á la cuasi posesion (1). Los que versaban sobre esta materia se dividian en cuatro clases. 1.° Interdictos para adquirir la posesion que todavía no se habia alcanzado (*adipiscendæ possessionis causa*). 2.° Para conservar la posesion que se tenía y que alguno nos disputaba (*retinendæ possessionis*). 3.° Para hacerse restituir la posesion que nos habia sido arrebatada (*recuperandæ possessionis*) ; y 4.°, en fin, interdictos dobles, tanto para adquirir, cuanto para recobrar la posesion (2). — Cuando se suprimió el procedimiento por medio de fórmulas, quedaron los interdictos transformados en acciones, que tenian por objeto obtener por sentencia del juez lo que ántes se obtenia por interdicto del pretor. Tal es la legislacion de tiempo de Justiniano. (*Inst.* 4. 14. *princ.*)

La propiedad se hallaba principalmente protegida por las acciones reales (*actiones in rem*), en las cuales no solicita el demandante el cumplimiento de una obligacion que haya ligado personalmente con él á su adversario, sino que sostiene que una cosa, corpórea ó incorpórea, es decir, física ó puramente jurídica, como un derecho de servidumbre, un estado ó un derecho de familia, son suyos (3). Las Instituciones dan á estas acciones el nombre genérico de vindicaciones (*vindicationes*) (4). — Existian muchas especies de acciones reales, que procedian, ya del derecho civil, ya del derecho pretoriano. Nos harémos particularmente cargo de la vindicacion propiamente dicha (*rei vindicatio*), por la cual un propietario reclama su cosa de manos de cualquier poseedor, á fin de ser declarado propietario de ella y de conseguir su restitucion (5). La palabra vindicacion se toma en este último caso en su acepcion propia, y no en el sentido genérico que á veces se le da.

---

(1) Teóf. Inst. 4. 14.
(2) Gay. 4. 143 y sig.
(3) Inst. 4. 6. § 1.
(4) Ib. § 15.
(5) D. 6. 1. *De rei vindicatione.*

TITULUS II.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales.

I. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.

II. Incorporales autem sunt quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, usus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet quod in hereditate *res corporales continentur;* nam et fructus qui ex fundo percipiuntur corporalia sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia ; nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporalis est.

TÍTULO II.

DE LAS COSAS CORPÓREAS Ó INCORPÓREAS.

Ciertas cosas, ademas, son corpóreas ó incorpóreas.

1. Son corpóreas las que por su naturaleza afectan nuestros sentidos, como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas.

2. Son incorpóreas las que no afectan nuestros sentidos; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones, de cualquier modo que se hayan adquirido. Nada importa que la herencia contenga *cosas corpóreas*; pues tambien son corpóreos los frutos que el usufructuario percibe del fundo; y del mismo modo lo que se nos debe en virtud de una obligacion es las más veces un objeto corpóreo, como un fundo, un esclavo ó dinero; y sin embargo, el derecho de herencia, y el derecho mismo de usufructo y de obligacion, son incorpóreos.

Ya en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, números 36 y 38, y más adelante, p. 465, hemos expuesto la division de las cosas, que son corpóreas é incorpóreas, de pura creacion jurídica: y ahora bastará referirnos á lo que sobre esto hemos dicho.

Res corporales continentur. No hay ninguna cosa incorpórea, ningun derecho, que en definitiva no recaiga sobre un objeto corpóreo. Así el derecho de usufructo recae sobre el fundo, sobre el esclavo ó sobre el ganado, cuyos frutos se perciben. El derecho de crédito, el derecho de accion, recae tambien sobre la cosa que se nos debe, que reclamamos en justicia. Del mismo modo el derecho de herencia recae igualmente sobre los bienes que tenía el difunto. Es verdad que frecuentemente se tiene un derecho incorpóreo sobre otro derecho incorpóreo; por ejemplo, un derecho delegado sobre un crédito, un derecho de accion sobre un usufructo; pero

siempre en último análisis se llega á una cosa corpórea que es objeto del último derecho.

Recordarémos en este lugar lo que ya hemos dicho acerca de que las cosas incorpóreas no son capaces de ser poseidas, pero que para muchas de ellas se ha admitido una cuasi posesion (*quasi possessio*), que consiste en dos elementos: el hecho de tener á su libre disposicion el ejercicio del derecho, y la intencion de ejercer este derecho como dueño, de donde se sigue que no son capaces de *tradicion;* pero que hay para ellos en ciertos casos una especie de tradicion, que consiste en permitir ó tolerar el ejercicio del derecho, y que se llama generalmente *cuasi tradicion.*

En cuanto á los medios de adquirir los diversos derechos son muy varios, y los examinarémos estudiando cada uno de dichos derechos. Bastan para dar orígen á derechos, ya simples hechos sin concurso de la voluntad, ó áun sin ninguna voluntad del hombre, como un delito, ó un daño causado; ya una sola convencion, como en los casos de venta ó de arrendamiento. Pero las cosas incorpóreas que son desmembraciones de la propiedad, ¿pueden adquirirse por la sola convencion, ó se necesita forzosamente, respecto de ellas, como sucede con las cosas corpóreas, que haya ademas una cuasi tradicion? Esta importante cuestion la tratarémos cuando examinemos dichas cosas.

III. Eodem numero sunt jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

3. En el número de estas cosas están los derechos de los predios urbanos y rústicos, que tambien se llaman servidumbres.

Hemos visto que muchos de los derechos que componen el dominio son capaces de ser segregados unos de otros, y de pertenecer áun en fragmentos á diferentes personas, entre las cuales se considera siempre *como propietario* el que conserva el elemento esencial del dominio, el derecho de disponer de la cosa. De aquí se derivan las servidumbres que se llaman *jura,* porque consisten en ciertos derechos concedidos sobre la cosa de otro; y *servitutes,* porque estos derechos forman una especie de servicio respecto de la cosa á él sujeta.

Estas diversas desmembraciones del dominio pueden hacerse, ó en provecho especial de una persona, á la que pertenezca únicamente el derecho que se ha separado de la propiedad, como cuando yo doy á alguno la facultad de percibir los frutos de mi cam-

po; ó para aumentar la utilidad ó el placer que proporciona la propiedad de una cosa, á la que en cierto modo se halla unido el derecho como una cualidad, de tal manera que pase con la misma cosa á poder de cualquier poseedor; como cuando yo concedo en beneficio del predio inmediato un derecho de pasaje sobre el mio. Estas últimas servidumbres no pueden tener lugar sino de inmueble á inmueble, siendo indispensables para su existencia la estabilidad y la relacion de vecindad ó de situacion. Las primeras servidumbres se llaman personales (*personarum; personales*) (1); las segundas, reales ó prediales (*rerum prædiorum*): «*Servitutes aut personarum sunt..... aut rerum*» (2).

Hay muchos principios que son comunes á las servidumbres tanto prediales cuanto personales.

Todas las servidumbres, como ya hemos dicho en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, se hallan en el número de los derechos que se han llamado *derechos reales*, pues todos no son más que ciertas porciones de la propiedad. Son derechos que, como el mismo de propiedad, nos pertenecen como cosa propia, con abstraccion de toda persona y de toda obligacion individual. Es imposible que un propietario tenga una servidumbre sobre su propia casa; porque si tiene reunidos todos los derechos de propiedad, es imposible que tenga de la misma porciones ó fragmentos separados. De aquí ha tomado el orígen el adagio de *Nulli res sua servit* (3). Así, en toda servidumbre concurren la cosa, el propietario y el que goza de la servidumbre. Cada uno de ellos puede ejercer todos los derechos que le correspondan, respetando los del otro.

Ninguna servidumbre puede obligar al propietario de la cosa á que haga, porque sólo son desmembraciones del derecho de propiedad, y perderian esta naturaleza, convirtiéndose en obligaciones. Pero imponen al propietario la carga de sufrir (4), ó de no hacer: «*Servitutum non ea est natura ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, vel non faciat*» (5).

(1) Dig. 34. 3. 8. § 3. f. Pomp.

(2) Dig. 8. 1. 1. f. Marcian.

(3) Dig. 8. 2. 26. f. Paul.—8. 4. 10. Ulp.

(4) El original dice *de souffrir ou de ne pas souffrir*, y esto conocidamente es una errata de imprenta, porque no hace sentido. (N. del T.)

(5) D. 8. 1. 15. § 1. f. Pomp. Algunos autores dan para todas las servidumbres en general la siguiente definicion, que por lo demas no se halla en los textos, y que no parece exenta de toda incorreccion. «Un derecho establecido sobre la cosa de otro en beneficio de una persona ó de otra cosa, por el cual el propietario está obligado á sufrir ó no hacer.»

Es un principio general, dictado por la razon, que no puede establecerse servidumbre sobre una servidumbre : « *servitus servitutis esse non potest* » ; porque las servidumbres son porciones separadas inmediatamente del mismo derecho de propiedad. El que tiene esta porcion de la propiedad no podria gravarla por su parte sin alterar los derechos del propietario. Sin embargo, convenciones ó legados de este género podrian dar orígen á obligaciones, que aunque no fuesen servidumbres, no quedarian sin ejecucion (1).

En fin, ya sabemos que las servidumbres siendo incorpóreas no pueden ser poseidas ; pero que respecto de la mayor parte de ellas, habia admitido la jurisprudencia romana una *cuasi posesion* que resultaba del ejercicio del derecho, añadida á la intencion de ejercerlo como dueño de este derecho. Las servidumbres capaces de esta cuasi posesion son las que consisten en sufrir. En cuanto á las que consisten en abstenerse, en no hacer, es decir, en una pura negacion, no admiten la idea de posesion ni de cuasi posesion.

Las nociones históricas que tenemos acerca de las servidumbres son muy limitadas. No ha llegado hasta nosotros ningun fragmento de las Doce Tablas que tenga la menor relacion con las servidumbres personales ; algunos escritores creen que lo mismo sucede respecto de las servidumbres prediales, por manera que considera dudosa la existencia en aquella época de semejante especie de derechos. Sin embargo, la naturaleza de las cosas y algunos pasajes de autores antiguos hacen por lo ménos probable la existencia de las servidumbres prediales (2). Sea como quiera, esta materia se hallaba completamente aclarada en tiempo de Ciceron. Explicarémos, respecto de las diversas especies de servidumbres, las modificaciones sucesivas que fueron introducidas en la legislacion.

TITULUS III. — TÍTULO III.

DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM. — DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES.

El texto habla aquí de las servidumbres reales. Se llaman prediales, *servitutes prædiorum*, porque sólo se aplican á los inmue-

(1) D. 33. 2. 1. f. Paul.—8. 3, 33. § 1. f. African.

(2) Un fragmento de Gayo (D. 8. 3. 8.) dice que la anchura del camino se hallaba fijada por la ley de las Doce Tablas ; Varron dice lo mismo (*De lingua*, 6. 2.) ; pero ¿era el camino público ó el privado ? Véase á Cic. *Pro Cæcina*, 19 y 26.—Festo en la palabra *Amsegetes*.

bles. Respecto de éstos forman un cierto modo de ser, y son en alguna manera como cualidades particulares, que siguen á aquellos en las diversas manos por donde pasan (1).

Estas especies de servidumbres pueden consistir, ya en sufrir, ya en no hacer. Obsérvese que la desmembracion que las constituye puede recaer sobre uno ó sobre otro de los elementos que componen el derecho de propiedad; sobre el derecho de usar, de servirse de la cosa (*jus utendi*), como en la servidumbre de pasaje; sobre el de percibir frutos (*jus fruendi*), como en las servidumbres de pastos; sobre el de percibir productos que no son frutos, ni partes de la cosa, como sucede en la servidumbre de extraer arena, piedra, arcilla y cal; y en fin, sobre el de disponer de la cosa (incompletamente designado con la expresion de *jus abutendi*) embarazando principalmente este derecho, paralizándolo más ó ménos en manos del propietario, como en la servidumbre de no plantar, de no edificar, y de no elevar nada sobre determinados límites. Esta última alteracion del dominio es el orígen principal de las servidumbres negativas; es decir, de las que consisten en no hacer. Por lo demas, toda servidumbre, sea de la clase que quiera, quita necesariamente al propietario el derecho de consumir, de destruir ó modificar su cosa de un modo perjudicial á la servidumbre; así es que altera siempre el *jus abutendi*. En suma, el dominio da sobre la cosa un entero poder (*plenam in re potestatem*); la servidumbre puede ser una fraccion, una desmembracion, una alteracion de uno cualquiera de sus poderes.

Las servidumbres prediales son consideradas como indivisibles; así es que no pueden adquirirse, ejercerse, vindicarse ni perderse en parte solamente: si muchas personas son propietarias del fundo á que se debe la servidumbre, cada una de ellas tiene íntegramente el derecho de servidumbre (2).—Esta indivisibilidad no impide que el derecho no pueda ser limitado en su uso, ya en cuanto al tiempo, ya en cuanto al lugar, ó ya en cuanto al modo (3); y áun cuando los fundos se hallan separados en diversas regiones, las

(1) *Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salutas, amplitudo?* D. 50. 16. 86. f. Cels.

(2) D. 8. 1. 11. f. Modest., 17. f. Pomp.— 8. 5. 4. §§ 3 y 4 f. Ulp. — 7. 4. 6. § 1.

(3) Dig. 8. 1. 4. §§ 1 y 2. f. Papin., y 5. § 1. f. Gayo.—D. 10 3. 19. § 1. f. Paul.

servidumbres pueden adquirirse ó extinguirse separadamente en una ó algunas de dichas regiones (1).

Se dividen en servidumbres de fundos rurales ó rústicos, y servidumbres de fundos urbanos.

Es dificil y muy importante determinar bien en qué consiste esta distincion, la única que hacen las leyes romanas entre las servidumbres reales. Y desde luégo es preciso fijarse en lo que se entiende por fundo rural y fundo urbano. Cuando sólo se trata de conocer la naturaleza del inmueble, no admite duda que se llaman propiedades rurales no sólo los campos, sino tambien los edificios en ellos construidos para el cultivo de los mismos. Del mismo modo que se llaman propiedades urbanas no sólo los edificios de la ciudad, sino tambien los corrales y jardines que son parte accesoria de ellos. Esta regla se halla positivamente expresada en los textos (2), y debe aplicarse á todas las cuestiones de derecho que dependan de la naturaleza del inmueble considerado en sí mismo, como cuando se trata de los privilegios concedidos al propietario en seguridad de la renta, privilegios que se diferencian segun que se trata de fundos urbanos ó rústicos (3).

Pero otra cosa sucede cuando se trata de apreciar la naturaleza de las servidumbres. Entónces es preciso en todas partes distinguir el suelo de la superficie; es decir, el terreno de los edificios, y en general de cuanto puede edificarse sobre él. Por manera que á la superficie, es decir, á todo lo que se ha construido ó edificado sobre el suelo, en cualquier parte que sea, en la ciudad ó en el campo, se diese el carácter de servidumbres urbanas, y al suelo el de las servidumbres rurales. Esta regla se halla positivamente expresada en los textos (4). Diferentes intérpretes han incurrido, al tratar esta materia, en graves errores por haberla desconocido.

Esto supuesto, ¿es preciso decir con algunos autores que el fundo dominante, es decir, aquel por el cual existe la servidumbre, es el que debe dar su calidad rural ó urbana á dicha servidumbre? No; porque vemos que el derecho de pasaje por un prado, para

(1) Dig. 8. 3. 28. § 3. f. Paul., y 25. f. Pomp. 8. 6. 6. § 1. f. Cels. — Pueden tambien en ciertos casos ser en parte retenidas. Dig. 8. 1. 8. § 1. f. Paul.

(2) D. 50. 16. 198. f. Ulp., y 211. f. Florentin.

(3) D. 20. 2. 4 y 7. § 1.—27. 9. 1.

(4) .....*Cæterum etsi in villa ædificia sint, æque servitutes urbanorum prædiorum constitui possunt* (D. 8. 4. 1. f. Ulp.).

llegar á una casa inmediata, es una servidumbre de fundo rural (1). ¿Se deducirá de aquí que el fundo sirviente es el que presta su calidad? Mucho ménos; porque vemos tambien que el derecho de hacer caer las canales de una casa en un campo inmediato es una servidumbre de fundo urbano.

¿Cómo, pues, se determinará si la servidumbre es urbana ó rústica? Por la misma servidumbre, por la naturaleza que le es propia; naturaleza invariable, y que no depende, como sería forzoso decidirlo admitiendo las interpretaciones precedentes, de que los propietarios edifiquen ó derriben en uno ú otro fundo. La solucion más clara que puede desearse en esta cuestion nos la suministra este fragmento de Paulo que se halla en el Digesto: «*Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt*» (2). Es decir, que hay servidumbres que reciben su existencia, su elemento esencial y constitutivo, su consistencia, para valerme de una expresion romana, de la idea de suelo (*in solo consistunt*), con independencia de toda construccion, plantacion, edificacion ó superposicion, cosas todas accesorias, que pueden hallarse ó no en los fundos sin alterar la naturaleza de esta servidumbre: tales son las de pasaje, las de sacar agua ó pastar, etc. Hay otras, por el contrario, que reciben su elemento esencial y constitutivo, su consistencia, de la idea de superficie, es decir, de una superposicion cualquiera encima del suelo; idea indispensable para que existan (*in superficie consistunt*): tales son las servidumbres de luces, de vistas, de canales, etc. Las primeras son servidumbres *rurales*, y las segundas *urbanas*.—Nótese que estas últimas pueden existir sin que haya siquiera ningun edificio en uno ni en otro fundo, como, por ejemplo, en la servidumbre constituida en beneficio de mi campo, de que no edificaréis en el vuestro, no hay edificio en ninguna parte; pero la idea negativa de edificio, de superficie, forma el elemento constitutivo, la consistencia de la servidumbre (3).

---

(1) Una equivocacion semejante ha introducido en el código civil frances el artículo 687 con su distincion de servidumbres *urbanas* ó *rurales*, que tal como ha sido entendida ha quedado sin ninguna especie de utilidad posible, miéntras que tenía tanta en la legislacion romana.

(2) D. 8. 1. 3. f. Paul.—Véase á Vinnio en su comentario de la Instituta, en el párrafo 1 que va á seguir; este autor establece muy bien que la misma servidumbre no puede cambiar así de naturaleza, segun que se edifique ó no sobre el fundo dominante; que, por consiguiente, es preciso entender por servidumbres rurales las que consisten *in solo*, y por servidumbres urbanas las que consisten *in superficie*.

(3) Así el derecho de conducir el agua por el suelo sería rural, pero por un edificio sería urbano. Esto es lo que se ha decidido por las leyes (D. 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.) La lectura de la ley 20. Dig.,

¿Cuál es en derecho la utilidad de esta distincion entre las servidumbres? Esta utilidad procede tambien de su naturaleza. Las servidumbres urbanas ó que consisten en superficie, ofrecen por su misma naturaleza un carácter de continuidad que no tiene la mayor parte de las servidumbres rurales que consisten en el suelo. Así mi viga que se apoya en vuestra pared, mi canal que desagua en terreno vuestro, y mi ventana que domina vuestro patio, siempre son permanentes: miéntras que los derechos de pasaje, de sacar agua ó de pastar, sólo se ejercen por derecho del hombre, y por consiguiente por intervalos discontínuos: «*Servitutes prædiorum rusticorum..... tales sunt ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.*» De aquí proceden diferencias legales de la mayor importancia entre la cuasi posesion de estas servidumbres, y la manera de perder por el no uso (1).

Otra diferencia igualmente importante existia tambien en el antiguo derecho: las servidumbres rurales, aunque cosas incorpóreas, por una excepcion particular, habian sido colocadas entre las *res mancipii*, y podian por consiguiente adquirirse por la mancipacion; miéntras que las servidumbres urbanas eran *res nec mancipii* é incapaces de mancipacion (2). Pero esto quedó totalmente suprimido en tiempo de Justiniano.

No habian hecho los romanos las distinciones más racionales y más útiles que se hallan en la legislacion moderna, entre las servidumbres aparentes y no aparentes, contínuas ó discontínuas. Sin embargo, por lo que acabamos de decir, se ve que la division de las servidumbres en *urbanas* ó *rurales* casi se asemejaba á la de las servidumbres *contínuas* ó *discontínuas*, aunque esto no se expresa terminantemente.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: *iter*, *actus*, *via*, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum: itaque

Las servidumbres de fundos rurales son éstas: el *pasaje*, la *conduccion*, el *camino* y el *acueducto*. El pasaje es el derecho de ir y de pasar un hombre, pero no de conducir ganados ó carruajes. Así, el que tiene

---

lib. 8. tít. 2, acabará de demostrar que las expresiones *servitutes quæ in superficie consistunt*, y *servitutes prædiorum urbanorum* son sinónimas.

(1) Dig. 8. 1. 14. pr. f. Ulp.—8. 2. 6. f. Gay.—8. 2. 20. pr. f. Paul. «Servitutes quæ in superficie consistunt possessione retinentur.»

(2) Ulp. Reg. 19. 1.—Gay. 2. 17.

quia habet iter, actum non habet; qui actum habet et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se continet via. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

derecho de pasaje, no tiene el de conduccion, pero el que tiene éste, tiene tambien el otro, y puede usar de él áun sin bestias. El derecho de camino consiste en ir, conducir y pasar, y comprende el pasaje y la conduccion. El acueducto es el derecho de hacer pasar el agua por el fundo de otro.

Iter, *actus*, *via*. La diferencia entre estas tres servidumbres debe determinarse bien.

En *iter*, el objeto esencial es pasar (*eundi gratia*); por lo demas, puede verificarse ya á pié, ya en litera, ó ya á caballo (1).

En *actus*, el objeto esencial es conducir (*agendi gratia*). Segun la ley tambien se comprende el derecho de pasar. Pero fuera de esto, no contiene ningun otro derecho. Así, no se podria ni arrastrar piedras, ni maderos, ni transportar picas elevadas (*hasta rectam*); porque tales actos no podrian hacerse, ni con objeto de pasar, ni con objeto de conducir (*neque eundi*, *neque agendi gratia*) (2). El derecho de conducir se extiende, segun la ley, tanto á las bestias, cuanto á los carruajes. Pero puede convenirse, por ejemplo, en que estos últimos no pasen (3). De la misma manera el *actus* legal comprende siempre el *iter;* pero puede convenirse que no sea permitido pasar sino sólo para conducir (4).

En *via*, el objeto esencial es pasar, conducir y servirse del camino para todos los usos, sin hacer daño ni á las plantas ni á los frutos (5). Si faltase uno de estos derechos no habia ya *jus viæ*, sino otra servidumbre.

El ancho del camino se ha fijado por la ley, y es de ocho piés,

---

(1) Iter est qua quis pedes, vel eques commeare potest. (Dig. 8. 3. 12. f. Mod.)

(2) D. 8. 3. 7. f. Ulp.

(3) D. 8. 1. 13. f. Pomp.

(4) «*Qui..... actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.*» (D. 8. 5. 4. § 1. f. Ulp.) — Se podria, sin embargo, oponer á esta última proposicion el fragmento siguiente : «*Nunquam actus sine itinere esse potest.*» (D. 34. 4. 1. f. Paul). Y quizá podria deducirse de aquí que, segun ciertos jurisconsultos, en *actus* debian esencialmente hallarse reunidos el derecho de pasar y el de conducir. Por manera que si sólo se estipulase el derecho de conducir se estableceria una servidumbre, pero particular, que no seria ya el *actus* de la ley.

(5) La ley siguiente reune las explicaciones esenciales que acabamos de dar : «*Qui sella aut lectica vehitur, ire non agere dicitur.....— Qui actum habet el plaustrum ducere, et jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem aut tagnun neutri eorum jus est. Quidam nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi, neque agendi gratia itfaceret..... — Qui viam habent eundi agendique jus habent plerique, et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat.* (D. 8. 3. 7. f. Ulpiano.)

y en las vueltas de diez y seis (1). Se puede convenir en una anchura mayor ó menor, con tal que baste para ejercer todos los derechos que forman la esencia de la via (2). Pero si el camino, bastante ancho para el paso de los ganados, es demasiado estrecho para el de carruajes, no habria derecho de via, sino de *actus*.

La anchura para el paso ó para la conduccion no está fijada por la ley. Las partes deben determinarla en el título, y si no, debe ser determinada por medio de un árbitro (3). Si bajo cualquier nombre, ya de *via*, ya de *actus*, se hubiese establecido un camino tan estrecho que no pudiese servir ni á los ganados, ni á los carruajes, éste sería *iter*, no *actus* (4).

La servidumbre *navigandi*, que da el derecho de atravesar el lago, el estanque ó aguas de otro para llegar á su fundo, es tambien una servidumbre rural, que tiene alguna analogía en su objeto con las anteriores (5).

I. Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ quæ ædificiis inhærent; ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia, urbana prædia appellamus, et si in villa ædificata sint. Item, urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ: ut vicinus *onera vicini sustineat;* ut in parietem ejus liceat vicino *lignum immitere;* ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, *vel non recipiat;* et *ne altius tollat* ædes suas, ne luminibus vicini officiat.

1. Las servidumbres de predios urbanos son las que corresponden á los edificios, de donde toman su nombre de servidumbres de predios urbanos; porque todos los edificios, áun los construidos en el campo, se llaman predios urbanos; en el número de estas servidumbres están las siguientes: *que el vecino sufrirá la carga de la casa inmediata;* que sobre su pared tendrá derecho el vecino para *apoyar sus vigas;* que cualquiera recibirá el agua de un tejado ó de una canal sobre su edificio, en su sumidero ó en su patio, *ó que no la recibirá;* que no se podrá construir más alto ó quitar las luces del vecino.

Todas las servidumbres que enumera el texto toman su existencia en la idea indispensable de edificios, de construcciones ó de

---

(1) «*Viæ latitudo ex lege Duodecim Tabularum in porrectum octo pedes habet; in fractum, id est, ubi flexum est, sedecim.*» (D. 8. 3. 8. f. Gay.) Esta anchura se llama comunmente *legitima*. Sin embargo, los autores que disputan sobre la existencia de las servidumbres en la época de las Doce Tablas, dudan que en estas leyes la disposicion de que habla Gayo fuese relativa á los derechos de via de los particulares.

(2) Dig. 8. 3. 23. f. Paul.

(3) Dig. 8. 3. 13 § 2. f. Javol.

(4) «*Si tam angusti loci demostratione facta* via *concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire possit*, iter *magis quam via aut actus acquisitus videbitur. Sed si jumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum,* actus *videbitur acquisitus.*» (D. 8. 1. 13. f. Pomp.)

(5) Dig. 8. 3. 23. § 1. f. Paul.

superposiciones cualesquiera sobre el suelo, y por consiguiente, *in superficie consistunt*. Puede notarse tambien que todas son contínuas.

Onera vicini sustineat. Esta servidumbre consiste en que la columna del vecino ó su pared (*columna vel paries*) sostenga el peso del edificio que los domina. Es notable en que el propietario de la columna ó de la pared de apoyo está precisado á sostenerlas; lo que es contrario á la regla de que las servidumbres no consisten nunca en hacer. Esta excepcion procede, al parecer, como puede verse en un fragmento de Paulo, de que estaba en uso establecer la servidumbre *oneris ferendi*, añadiendo esta ley: *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit* (que la pared de apoyo esté siempre en el mismo estado), lo que no podia significar otra cosa, añade el jurisconsulto, sino que el muro debia mantenerse en su actual estado (1). Sin embargo, la cuestion no habia dejado de ser controvertida. Gayo no creia que pudiera insertarse una cláusula que produjese este efecto. Pero el parecer de Servio, en la especie particular de la servidumbre *oneris ferendi*, habia prevalecido. Por lo demas, segun lo notaba Labeon, la carga de las reparaciones pesaba sobre la cosa , y no sobre la persona; de esta suerte, el propietario podia eximirse de ella abandonando la herencia que le estaba afecta (2).

Tingnum immittere. Esta servidumbre se distingue de la anterior en que no da el derecho de obligar á las reparaciones al vecino que está sólo obligado á sobrellevar la carga (3).

Vel non recipiat. Entiéndese por *stillicidium* el agua que naturalmente se desprende de un tejado: por *flumen* la que se recoge y derrama por un canal. Se distinguen las servidumbres *stillicidii recipiendi* y *stillicidii non recipiendi*. La primera es fácil de comprender, pero la segunda ha dado márgen á muchas interpretaciones. La más generalmente admitida consiste en decir que habrá servidumbre *stillicidii non recipiendi* en los lugares en que estableciendo los estatutos locales como derecho comun la obligacion de recibir el derrame de los tejados superiores, se adquiria del vecino el derecho de no recibirlo. Por lo demas, parece que esta servidumbre, tal como fuese, no estaba muy en uso, porque sólo

(1) D. 8. 2. 33. f. Paul.
(2) D. 8. 5. 6. § 3.
(3) D. 8. 5. 8. § 2. f. Ulp.

se habla de ella en este pasaje de la Instituta, aunque muchos fragmentos del Digesto eran relativos á la servidumbre *stillicidii recipiendi* (1).

Ne altius tollat. Se distinguen aquí tambien las servidumbres *altius non tollendi* y *altius tollendi.* Esta última, de que se habla en algunos fragmentos del Digesto y en el último libro de la Instituta (2), ha dado ocasion, lo mismo que la servidumbre *stillicidii non recipiendi*, á muchas interpretaciones, de las cuales, la más generalmente adoptada se funda sobre la diferencia de los estatutos locales. En efecto, cada cual, por regla general, puede levantar su edificio tan alto como le parezca, áun cuando molestase al vecino : este principio se halla en los textos (3); sin embargo, alguna ley especial ó algun estatuto local podria, en interes de los vecinos, prescribir límites á la altura de los edificios: para exceder estos límites sería preciso adquirir de los vecinos la servidumbre *altius tollendi* (4).

Por lo demas, la prohibicion de alzar una obra (*altius non tollendi*) podria aplicarse, no sólo á un edificio, sino á una construccion ó superposicion que se hiciese sobre el suelo : no ménos constituiria una servidumbre urbana.

Ne luminibus officiat. Respecto de las luces puede haber dos servidumbres : *Jus luminum*, y *ne luminibus officiatur.* La servidumbre *luminum* sólo tiene lugar, segun ciertos comentadores, cuando obligamos al vecino á que nos deje abrir ventanas en su

---

(1) Véase la explicacion de Teófilo (hoc §) : «O bien tenías tú sobre mi propiedad semejante derecho, y yo te obligaba á no verter sobre mi casa ó en terreno mio el agua de un tejado ó de tus canales.»—En fin, algunos autores entienden por servidumbre *stillicidii non recipiendi* el derecho por el cual queriendo aprovechar aguas llovedizas, obligase yo al vecino á no retener las de sus tejados y enviármelas.

(2) D. 8. 2. 2. f. Gayo.—Inst. Just. 4. 6. § 2.

(3) D. 8. 2. 9. f. Ulp.—Cod. 3. 34. const. 8 y 9. Diocl. y Maxim.

(4) Es cierto que muchas constituciones se han dado por los emperadores acerca del modo de construir y de la altura de los edificios. Los historiadores y los jurisconsultos así lo acreditan. Estrabon (cap. 5) y Suetonio (*in Augusto*, § 89) nos lo dicen respecto de Augusto; Tácito (Anal. lib. 15, § 43, respecto de Neron; un fragmento de Ulpiano (Dig. 39. 1. 1. § 17) nos habla de constituciones imperiales relativas á este punto. En fin, el Código contiene rescriptos de Severo y Antonino (Cod. 8. 10. 1.), y de Zenon (ibid. 12 §§ 1 y 2). Sin duda las reglas de estos estatutos, que tenian por objeto la seguridad pública, no podian infringirse en virtud de convenciones privadas; pero no debia suceder lo mismo respecto de las que sólo tenian por objeto la utilidad de los vecinos. —Algunos comentadores hacen consistir las servidumbres *altius tollendi* en el derecho de obligar al vecino á levantar más alto, ya para asegurarnos del viento, ya por cualquier motivo de utilidad; y otros en el derecho de levantar construcciones superiores á la casa del vecino. Pero la primera explicacion, contraria á la naturaleza de las servidumbres, se halla desmentida por la ley 15, § 1. (Dig. 8. 1.); la segunda, más ingeniosa, se halla tambien desmentida por la ley 1. Dig. 8. 2, y por el § 2. Inst., lib. 4, tit. 6.

pared ó en la medianería; segun otros, existe siempre que se obliga al vecino á sufrir nuestras ventanas, ya se hallen en su pared ó ya en la nuestra. La servidumbre *ne luminibus officiatur* impide al vecino que haga todo aquello que pueda perjudicar á las luces. Por manera que la una es más extensa que la otra; en la servidumbre *luminum*, basta que el vecino deje subsistir las luces; en la servidumbre *ne luminibus officiatur*, no puede disminuirlas en nada, ni por plantíos, ni por obras de ningun género (1).

No hablarémos de otras muchas servidumbres urbanas, que las Institutas omiten: *Jus prospectus; ne prospectui officiatus; projiciendi, protegendi; fumi immittendi*, etc.

II. In rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum; pecoris ad aquam adpulsum; jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

2. Entre las servidumbres de predios rústicos, cuenta con razon el derecho de sacar agua, de abrevadero, de hacer pastar al ganado, de cocer cal, y de sacar arena.

III. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium.

3. Estas servidumbres se llaman de predios, porque sin éstos no pueden constituirse. Ninguno puede adquirir una servidumbre de predio urbano ó rústico, sino el que tiene un predio.

Despues de haber hablado de la naturaleza de las servidumbres prediales y de sus diferentes especies, veamos lo que es indispensable para su existencia.

Son precisos dos fundos, el uno sobre el cual y el otro para el cual se halle constituida la servidumbre. Pero estos fundos ¿deben estar inmediatos? En general sí; lo que sin embargo debe entenderse de una inmediacion suficiente para que pueda ejercerse la servidumbre. Así las servidumbres *immittendi*, *protegendi*, etc., exigen que los dos fundos se hallen contiguos, miéntras que no sucede lo mismo respecto de las servidumbres *itineris*, *aquæductus, altius non tollendi*, etc. (2).

La servidumbre debe ser de alguna utilidad ó recreo para el fundo dominante. Así, pues, mi fundo no puede tener sobre el vuestro una servidumbre de pasaje, si está separado de él por un terreno intermedio que no puede atravesarse (3). Del mismo modo,

---

(1) Dig. 8. 2. leyes 4. 40. 15. 17. § 1, etc.
(2) D. 8. 3. 5. § 1. f. Ulp.—Dig. 8. 2. 1. f. Paul.
(3) D. 8. 1. 14. § 2. f. Ulp.—39. 3. 17. § 2 y sig. f. Paul.

si mi casa tiene sobre la vuestra una servidumbre *altius non tollendi*, y se levantan entre ellas construcciones que ocultan una y otra, estais en libertad de edificar (1). Por igual razon no sería posible imponer como servidumbre á un fundo que el propietario nunca fuese á él, que no recogiese sus frutos, porque esto de nada serviria al fundo dominante (2). Vemos tambien en el Digesto que si yo estipulo en beneficio mio el derecho de ir á pasearme, de ir á descansar á vuestra propiedad, esto sería un derecho personal, pero no una servidumbre predial (3).

En fin, es preciso que las servidumbres tengan una causa perpétua. De aquí se deducia que no podia establecerse, por ejemplo, una servidumbre de acueducto para tomar agua en una cisterna, en un estanque, ó en cualquiera otro lugar, no teniendo agua viva y perpétua (4), ni una servidumbre de pasaje sobre un fondo del que se estuviese separado por un rio no vadeable y sin puente, porque los barcos no son un medio permanente de transporte (5). Pero esta regla, algo sutil, habia recibido algunas excepciones (6).

IV. Si quis velit vicino aliquod *jus constituere*, *pactionibus atque stipulationibus* id efficere debet. Potest etiam *in testamento* quis heredem suum damnare ne altius tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat; vel ut patiatur eum tignum in parietem immitere, vel stillicidium habere; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

4. Si alguno quiere *constituir un derecho de servidumbre* en beneficio del vecino, debe hacerlo *por medio de pactos y de estipulaciones*. Puede tambien *por medio de testamento* condenarse á su heredero á no edificar más alto, á no quitar las luces del vecino, á sufrir la carga de sus vigas, á dejarle gozar de un derecho de arrojar las aguas, de pasaje, de conduccion, de acueducto.

Llegamos á los modos con que se establecen las servidumbres prediales. El texto nos indica, como medios de llegar á ellos, los pactos y las estipulaciones ó los testamentos; á éstos es preciso añadir otros dos modos que tienen lugar en ciertos casos: el uso y la adjudicacion.

Antes de examinar estos diferentes modos, importa mucho penetrarse de la diferencia que hay entre los casos en que se adquiere la servidumbre, y existe como derecho real, y aquel en que no

(1) D. 8. 2. leyes 38 y 39. f. Paul.—D. 8. 5. 5. f. Paul.
(2) D. 8. 1. 15. f. Pomp.
(3) D. 8. 1. 8. f. Paul.
(4) D. 8. 2. 28. f. Paul.—43. 22. 1. § 4. f. Ulp.
(5) D. 8. 3. 38. f. Paul.
(6) D. 8. 3. 9. f. Paul.

hay todavía más que un derecho de crédito, un derecho de accion contra el propietario, para obligarle á establecer la servidumbre, en cumplimiento de la obligacion que se le ha impuesto. En el primer caso, hay verdadera servidumbre, derecho real; en el segundo, sólo hay una obligacion. Los medios indicados en el texto ¿hacen adquirir la servidumbre, la establecen como derecho real, ó dan sólo el derecho de obligar á establecerla? Esto es lo que importa examinar en cada uno de ellos.

En nuestras explicaciones, nos colocarémos en la época y bajo el sistema legislativo de Justiniano, en que no existian los medios civiles de adquirir del antiguo derecho, la *mancipatio* y la *in jure cessio*, y en que la tradicion llegó á ser en todas las cosas corpóreas un medio de transferir la propiedad, y en que todo el suelo del imperio participaba del mismo derecho, sin distinguir el suelo itálico del provincial. En cuanto á la relativo al estado anterior del derecho civil, darémos nuestras explicaciones en notas.

Jus constituere. Cualquier dificultad podria quedar allanada con esta expresion, si designase forzosamente la constitucion, el establecimiento de la servidumbre como derecho real. Pero la verémos, áun bajo el antiguo derecho, empleada por Gayo indistintamente en un caso en el cual no existia más que una obligacion (1). Deja, pues, intacta la cuestion.

Pactionibus atque stipulationibus. Teófilo explica en su paráfrasis del modo siguiente el establecimiento de las servidumbres por pactos y estipulaciones : no hace de éstos dos medios distintos, de los cuales pudiera usarse uno ú otro ; pero sí dos medios que concurren juntos (*pactionibus atque stipulationibus*, dice el texto, y no *pactionibus vel stipulationibus*). Supone que siendo propietario de fundos inmediatos, convenimos nosotros en establecer una servidumbre sobre uno en beneficio del otro, y que para sancionar este pacto ó esta convencion recurrimos á una estipulacion : «¿Prometes sufrir tal servidumbre?—Lo prometo.» Para mayor seguridad, añade Teófilo en su ejemplo una cláusula penal : «Y si tú me pones obstáculo, ¿prometes pagarme cien sueldos de oro en calidad de pena?» (2). Así el pacto y la estipulacion no salen aquí de los efectos naturales de los contratos, y producen una obliga-

(1) D. 7. 1. 3. pr. f. Gay.
(2) Teof. Paraf. hoc, §.

cion. La servidumbre se debe por el que la ha prometido, y está obligado bajo cláusula penal á establecer y á sufrir su ejercicio: para obligarle á ello hay la accion personal producida por la estipulacion. Pero la servidumbre no se halla establecida, ni existe como derecho real. El pacto y la estipulacion, impotentes para dar por sí mismos el derecho de propiedad, no pueden dar tampoco un fragmento ó una desmembracion de este derecho.

Mas ¿para qué acumular así el pacto (convencion por sí misma no obligatoria) con la estipulacion de una suma en calidad de pena? Porque esta expresion *pactis et stipulationibus*, tomada de la Instituta de Gayo, se aplicaba por este autor al suelo provincial, respecto del cual no podia existir realmente ni propiedad ni servidumbre. Se buscaba, pues, un medio ingenioso de conseguir el fin. La convencion, ó áun la estipulacion directa de la servidumbre, no producian en todo rigor vínculo jurídico, pues sólo servian para arreglar entre las partes la naturaleza y las condiciones del servicio que debia establecerse; y acerca de esto, estipulando una suma (objeto respecto del cual la estipulacion era completamente válida) para el caso en que se pusiese obstáculo al ejercicio de la servidumbre, se creaba el vínculo jurídico (véase un procedimiento análogo en la Institucion 3. 19. § 19). Por lo demas, bajo el imperio de Justiniano, suprimida la diferencia entre el suelo itálico y el provincial, no existió ya este interes en igual grado. La cláusula penal sólo intervino como una especie de sancion.

Ademas, hay textos que nos presentan servidumbres debidas en virtud de una simple convencion, cuando esta convencion forma una venta, como, por ejemplo, cuando os compro en beneficio de mi casa una servidumbre de pasaje ó de arrojar aguas. Pero muchos jurisconsultos aconsejaban que se exigiese en este caso del que vendia la servidumbre una satisdacion que no pusiese obstáculo á su ejercicio. En este caso, como en el anterior, la venta obliga, pero no establece derecho real; la satisdacion que los jurisconsultos aconsejan se exija al que vende es una garantía para asegurarse de que llenará su obligacion; es decir, que sufrirá el ejercicio de la servidumbre, que la establecerá como derecho real, como desmembracion de su propiedad (1).

---

(1) D. 8. 1. 20. f. Javol.—8. 5. 16. f. Julian.—19. 1. 3. § 2. Pomp.

En fin, se hallan tambien los pactos para el establecimiento de las servidumbres en los casos principalès que siguen: si siendo yo propietario de dos cosas inmuebles os doy la una en propiedad por cualquiera causa, podemos convenir insertar en la tradicion esta cláusula, este pacto ; que el inmueble que os ha sido dado deberá *tal* servidumbre al que yo retengo en mi poder, ó recíprocamente, que este último deberá *tal* servidumbre al que os entrego (1). En el primer caso hay reserva de la servidumbre en beneficio mio (*servitutem excipere*, *recipere*); en el segundo os ha sido dada la servidumbre. Aquí, á lo ménos en la época de Justiniano, época en la cual la mancipacion no era ya necesaria en ningun caso, existia la servidumbre, y se establecia como derecho real por efecto de la tradicion, porque la misma propiedad ha sido transferida con aquella desmembracion ó este aumento. — Habríamos podido poner el uno ó el otro de estos pactos en el contrato de venta; pero la servidumbre no hubiese entónces existido; y áun si se hubiese hecho la tradicion sin renovacion del pacto, aquella parte á quien fuese adherida la servidumbre sólo habria tenido la accion *venditi*, *empti*, ó la *condictio incerti*, para exigir el establecimiento de aquélla (2).

Testamento. Las servidumbres podian establecerse por testamento, ya, como dice el texto, condenando al heredero á sufrirlas, ya legando directamente la servidumbre al vecino (3). En tiempo de Justiniano no hubo ya diferencia entre estos dos modos; uno y otro establecen la servidumbre como derecho real. Si el legado transfiere la propiedad, transfiere tambien las fracciones ó desmembraciones de ella. En sentido inverso habia un medio de reservar sobre un fundo legado ciertas servidumbres en beneficio de otros fundos hereditarios (4).

¿Podian las servidumbres adquirirse por el uso? La *usucapion* civil parece que en los primitivos tiempos habia sido aplicada, no sabemos cómo, á las servidumbres, habiendo sido despues suprimida por una ley *Scribonia*, cuya existencia dudan algunos

(1) D. 8. 2. 34. f. Julian.—8. 4. 3. f. Gayo.— Ib. f. 6. Ulp.

(2) D. 8. 2. 35. f. Marcian.

(3) D. 33. 3. *De servitute legata.*

(4) D. 7. 1. 19. f. Pomp., cuya inteligencia es muy difícil (se refiere al legado hecho *per vendicationem*), porque en tiempo de este jurisconsulto, si se hubiese tratado un legado *per damnationem*, que no transferia la propiedad, la reserva de la servidumbre hubiese sido muy fácil; el heredero sólo hubiera tenido que hacerla mancipando el inmueble al legatario.

autores, y otros refieren al año de 720 bajo el triunvirato de Antonio, Octavio y Lépido (1). De cualquier modo que sea, todos los jurisconsultos posteriores nos repiten á menudo que las servidumbres, tanto urbanas cuanto rurales, no son en manera alguna capaces de *usucapion* (2) (*usucapionem non recipiunt*). Pero los pretores y presidentes intervinieron, y en ciertos casos dieron acciones útiles, interdictos (*utilem actionem, interdictum*), para proteger los derechos de los que disfrutaban desde mucho tiempo ántes ciertas servidumbres, y las constituciones imperiales confirmaron esta jurisdiccion. En este caso se presenta la importancia que hemos señalado en la distincion de las servidumbres rurales y urbanas. Estas últimas, cómo el *jus immittendi, oneris ferendi, stillicidii, luminum*, etc. (*quæ in superficie consistunt*), ofrecen un carácter contínuo, y son en lo general las que se pueden adquirir por un largo uso : «*Servitutes quæ in superficie consistunt possessione retinentur*» (3); miéntras que no sucede lo mismo con las servidumbres rurales (*in solo*). Se encuentran, sin embargo, en el código de Teodosio, en el Digesto, y en el código de Justiniano muchos pasajes que prueban que se habia tenido un particular esmero en confirmar los derechos de sacar agua, establecido por un largo uso (4). Algunos fragmentos dicen tambien que el pretor concedia el interdicto de *itinere actuque privato* para los derechos de pasaje, en que hubiese una larga posesion (5). Ningun texto exige, por otra parte, que la posesion se funde en justa causa; pues basta que no sea ni violenta, ni clandestina, ni precaria (*nec vi, nec clam, nec precario*). Nada hay tampoco que pruebe hallarse fijado el tiempo de la posesion, lo que debia depender de la apreciacion de las circunstancias y de la naturaleza de las servidumbres; todos los textos que hemos citado se valen de las expresiones *longa consuetudo, longi temporis, consuetudo, longa quassi-possessio, usus, vetustas;* una ley, relativa al acueducto, habla de un uso *cujus origo memoriam excessit.*—Es una cuestion controvertida la de saber si este tiempo fué ántes de Justiniano, ó por él fija-

(1) ..... *Eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ servitutem constituebat* (D. 41. 3. 4. § 29. f. Paul.) No se conoce otro pasaje relativo á esta ley.

(2) D. 8. 1. 14. § 1. f. Ulp.—41. 1. 43. f. Gayo.—41. 3. 10. § f. Ulp.

(3) Dig. 8. 2. 20. f. Paul.—C. 3. 34. 1. Anton.

(4) Cod. Teod. 15. 2. 6. Arcad. Honor.—D. 8. 5. 10. f. Ulp.— 39. 3. 26. f. Scevol.—13 20. 3. § 4. f. Pomp.—39. 3. 1. § 23. f. Ulp.—Cod. 3. 34. 2. const. Ant.

(5) D. 8. 6. 25. Paul.—43. 19. 5. § 3.

do en diez años contra presentes y veinte contra ausentes; lo mismo que para la prescripcion de las cosas inmuebles (1). Si se admite que la prescripcion por diez ó veinte años de uso se haya extendido de esta manera y la adquisicion de las servidumbres prediales, á ejemplo de la de las cosas inmuebles, ya por Antonino (sobre la fe de la constitucion 2 del código, lib. 3, tít. 34), ya al ménos por Justiniano (si hemos de dar crédito á la constitucion 12 del código, lib. 7, tít. 33), es preciso decir que en este caso deben hallarse reunidas las condiciones necesarias para esta prescripcion, y que entónces, ademas del uso y la buena fe, se necesita que esta buena fe se halle apoyada en una justa causa de adquisicion (2).

En fin, la *adjudicacion* es tambien un medio de constituir las servidumbres. Se verifica cuando en la accion relativa á la particion de una herencia (*familiæ erciscundæ*), ó de una cosa comun (*communi dividundo*), el juez, adjudicando á cada uno su parte, establece una servidumbre sobre un fundo, ó parte de un fundo, en beneficio de otro (3). La adjudicacion, que transfiere la propiedad, transfiere tambien las fracciones de ésta, y establece la servidumbre como derecho real.

Por último, en tiempo de Justiniano los pactos insertos en la tradicion de uno de los fundos, el *legado*, sin ninguna distincion de forma, el *largo uso* y la *adjudicacion*, establecian las servidumbres como derechos reales. Y véase cómo las servidumbres, tanto negativas cuanto positivas, podian existir inmediatamente ántes de todo ejercicio y sin ninguna cuasi-tradicion. En cuanto á los pactos y estipulaciones, y en general los contratos, es el único punto acerca del cual puede originarse alguna duda. Se dice, segun una opinion, que el simple pacto, áun independientemente de toda forma, de toda estipulacion y de toda cuasi-tradicion, establecia inmediatamente un derecho real de servidumbre, de la misma manera que establecia un derecho real de hipoteca. Adoptamos la opinion contraria, y creemos, áun bajo la legislacion de Justiniano, que siendo las servidumbres, tanto personales cuanto pre-

---

(1) La afirmativa se funda en una constitucion atribuida á Antonino (Cod. Just. 3. 34. 2.), y en otra de Justiniano (Cod. 7. 33. 12, *in fin.*). La primera, sobre todo, puede tener alguna autoridad.

(2) «*Ut bono initio possessionem tenentis*», dice la constitucion 12 de Justiniano.—Véase en adelante, tít. VI, § 10.

(3) D. 10. 2. 22. § 3.—10. 3. 7. § 1 f. Ulp.

diales, fracciones ó desmembraciones de la propiedad, deben someterse en su adquisicion á las mismas reglas que la misma propiedad. El contrato da orígen á una obligacion; pero para que exista el derecho real de servidumbre es necesaria la cuasi-tradicion; hasta que ésta no se haya verificado, se debe la servidumbre, pero no existe (1).

---

(1) Las servidumbres personales ó prediales ¿se adquieren como la propiedad de que eran fracciones ó desmembraciones? ¿Bastaba la convencion de las partes para establecerla? La controversia acerca de esta cuestion ha sido muy animada, sobre todo en Alemania. El antiguo derecho comunica gran luz á la discusion; es preciso examinarlo: de este exámen resulta la consecuencia: 1.°, que bajo los principios del antiguo derecho no es posible ninguna duda fundada; la convencion no puede establecer un derecho real de servidumbre; 2.°, que la cuestion deberia, pues, fijarse únicamente despues de la desaparicion del verdadero derecho civil, principalmente bajo la legislacion de Justiniano.

Ocupémonos primero del antiguo derecho civil; y distingamos con cuidado el suelo itálico admitido á la participacion de este derecho, y el suelo provincial excluido de ella.

El suelo itálico era capaz de un verdadero dominio (*Dominium ex jure Quiritium*), y por consiguiente, de verdaderas servidumbres, ya personales ya prediales, pues las servidumbres no son más que fracciones ó desmembraciones del dominio.

Esto supuesto, encontramos en uno de los fragmentos del Vaticano, relativo al usufructo, una regla general que domina toda la materia, cual es que el usufructo, y por consiguiente las servidumbres en general, no pueden establecerse, áun respecto de las cosas que no son *mancipii*, de otro modo que por un medio de derecho civil: *In re nec mancipii per traditionem deduci ususfructus non potest: nec in homine si peregrino tradatur. Civili enim actione constitui potest, non traditione quæ juris gentium* (*Vaticana Juris Rom. Fragmenta* § 47; Thémis, t. 5, p. 14; y BLONDEAU, *Jus antejustinianeum*, p. 337). Asi respecto de las cosas *nec mancipii*, podia transferirse el dominio romano por un medio del derecho de gentes, la tradicion; pero respecto de las fracciones de este dominio, de las servidumbres tanto prediales cuanto personales, queda la legislacion civil más rigorosa: será preciso un modo civil de adquisicion. La tradicion, y con mayor motivo la cuasi-tradicion, serán impotentes. Ni el simple pacto, ni la convencion, ni áun los contratos bastaban para establecerlas como derechos reales.

Pero examinemos los medios civiles de adquirir el dominio; eran: la mancipacion, la cesion *in jure*, la usucapion, la adjudicacion y la ley.

La *mancipacion* se aplicaba á las servidumbres rurales, que eran *res mancipii*. (Gay. 2. §§ 17 y 29). Pues á ménos de trastornar todas las ideas sobre la materia no se adquirian por la sola convencion.

La cesion *in jure* reemplazaba á la mancipacion en las servidumbres urbanas y en el usufructo, que no podian manciparse. La lectura de los jurisconsultos demuestra á cada momento que era el medio empleado para enajenar voluntariamante entre vivos aquellas desmembraciones de la propiedad. (Gay. 2. §§ 29 y 30). Véase un pasaje decisivo de los fragmentos del Vaticano: «*Tametsi ususfructus fundi mancipii non sit, tamen sine tutoris auctoritate alienari eum mulier non potest, cum aliter quam in jure cedendo it facere non possit..... idemque est in servitutibus prædiorum urbanorum.*» (Vaticana jur. rom. Fragmenta, § 45.) Pues no se adquirian por la sola convencion.

La *usucapion* civil, al ménos desde la ley *Scribonia*, no tenia lugar en esta materia (D. 41. 3. 4. § 29. f. Paul.)

La *adjudicacion* se aplicaba á las servidumbres tanto prediales cuanto personales (Vatican. Fragmenta, § 47.)

En fin, les era igualmente aplicable la *ley*. Y volvemos á hallar aquí las diferencias entre los legados que transfieren un derecho real (*per vendicationem*) y los que sólo obligan al heredero (*per damnationem*). «*Ususfructus*, dice Paulo (Sen. 3. 6. § 17), *legari potest, et aut ipso jure constituetur, aut per heredem præstabitur. Ex causa quidem damnationis, per heredem præstabitur; ipso autem jure per vindicationem.*» Véase en materia de legados la diferencia que existe entre la servidumbre debida y la servidumbre adquirida, bien establecida.

Los medios de adquirir eran, pues, por regla general, los mismos para el dominio que para las

Obsérvese, sin embargo, que esta opinion extendida á las servidumbres negativas, que consisten en no hacer, ocasionaba que su establecimiento fuese imposible por efecto de convenciones, pues respecto de ellas no puede absolutamente haber ninguna cuasi-posesion, ni cuasi-tradicion. La dificultad no existia bajo el antiguo derecho civil, porque la cesion *in jure* ofrecia el medio de estable-

---

servidumbres, aunque con mayor rigor, pues la tradicion, medio del derecho de gentes, bastaba para dar el dominio de las cosas *nec mancipii*, y nunca para las servidumbres.

En cuanto á estas últimas, habia ademas esta circunstancia: que se podia en la cesion *in jure*, ó en la mancipacion de un objeto, reservar sobre éste, ya el usufructo, ya una servidumbre, *usumfructum deducere, detrahere, servitutem excipere*; y por esta reserva se hallaban constituidos el usufructo ó la servidumbre (Vat. Frag. § 47.—Gay 2 § 33.)

Pero si la reserva sólo se hubiese puesto en el acto de la venta y no en la cesion *in jure* ó en la mancipacion, no habria sido adquirida la servidumbre. Sólo habria habido la accion *venditi*, ó la *condictio incerti* para hacérsela dar (D. 8. 2. 35. f. Marcian.).

Y áun puesta la reserva en la simple tradicion de las cosas *nec mancipii*, no habria bastado para establecer la servidumbre, aunque esa tradicion hubiese transferido el dominio de la cosa. Á este caso se refiere el fragmento del Vaticano, que hemos inserto más arriba. Éste, segun ya deciamos en nuestra edicion de 1828, es muy notable.

Segun esto, se ve que no sólo no bastaba la convencion para restablecer la servidumbre; sino que ni áun la misma cuasi-tradicion habria producido este resultado; era absolutamente preciso un modo civil de adquisicion. Así esta diferencia, que tanto embaraza á los comentadores, entre las servidumbras positivas que son susceptibles de cuasi-tradicion, y las servidumbres negativas que no lo son, no tenía aquí ninguna influencia, porque los medios civiles de adquirir la mancipacion, la cesion *in jure*, la adjudicacion, el legado y la reserva en la mancipacion, no exigen para producir su efecto ninguna tradicion ni cuasi-tradicion de la servidumbre.

Tales eran las reglas en Italia y respecto de los objetos que participaban del derecho itálico.

En cuanto al suelo provincial, colocado fuera del derecho civil, y no siendo susceptible de dominio, tampoco lo era de sus diversas desmembraciones. Asi, segun el derecho estricto, no podian ya existir verdaderas servidumbres sobre fundos provinciales, porque no existia verdadera propiedad. Pero como el principio, por decirlo asi, abstracto, de que la propiedad del suelo provincial corresponde al pueblo ó á César, tiene por principal objeto la obligacion de los tributos; que, por lo demas, en realidad, sin ser propiedad, las posesiones provinciales eran protegidas de un modo casi equivalente por las instituciones pretorianas, del mismo modo las servidumbres, sin existir en aquél en todo rigor, *jure civili*, fueron introducidas y protegidas *jure prætorio*, ya por medio de interdictos útiles posesorios (*interdicta veluti possessoria*) (Dig. 8. 1. 20. fr. Javol.—*Interdictum utile.* Vatican. Frag. §§ 90 y 91), ya por medio de la accion publiciana (Dig. 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.).

Esto supuesto, la adjudicacion y legado, admitidos en las provincias, obraron en éstas respecto de las servidumbres como obran respecto de la propiedad.

Pero ¿cómo se la constituirá voluntariamente entre vivos, pues los fundos no son allí susceptibles, ni de mancipacion, ni de cesion *in jure*, y cuando las servidumbres, segun el derecho rigoroso, no pueden recibir cuasi-tradicion, ni ser deducidas en una tradicion? Es preciso, dice á este propósito Gayo, recurrir á pactos y estipulaciones (Gay. 2. § 31), y en efecto, aquí no hay otro medio de conseguir el objeto.

¿Cuál era el efecto de estos pactos y estipulaciones usados en las provincias? ¿Establecerian por sí mismos las servidumbres, ó bien se recurria para suplir el rigor del derecho, que no suministraba ningun medio de constituirlas voluntariamente entre vivos, casi como se recurre á las estipulaciones en el caso de los legatarios y fideicomisarios, que se encargan de una parte de las deudas hereditarias (Gay. 2. 254), y como lo indica Africano, especialmente para el caso en que sin duda ninguna es imposible que exista una verdadera servidumbre (D. 8. 3. 33. § 1. f. Afric.), sin alterar por esto la naturaleza de las estipulaciones y servidumbres, sin deducir un derecho real de un contrato? Tal es la cuestion.

Obsérvese que sólo en el punto adonde hemos llegado puede principiar á descubrirse alguna duda; es decir, fuera del derecho civil, sólo en el suelo provincial, y respecto de las servidumbres

cerlas como derechos reales. Pero en tiempo de Justiniano, cuando fué suprimida esta cesion, existia la imposibilidad. Esto es lo que ha decidido á muchos comentadores, áun de los que juzgan la cuasi-tradicion indispensable para las demas servidumbres, á admitir que no es necesaria para las servidumbres negativas, y que la simple convencion basta para establecer éstas, como derecho real.—Esta

---

que sólo deben su existencia á la proteccion pretoriana. Áun en esta situacion mi opinion es que el pacto y la estipulacion no establecen la servidumbre, porque, ¿cómo la ha de proteger el pretor? Por interdictos útiles posesorios, por la accion publiciana, es decir, por instituciones que suponen todas que hay posesion ó cuasi-posesion. Así la servidumbre no se establecerá por el pacto, que es una convencion no obligatoria, y que se aplica aquí á una cosa que en derecho estricto no puede existir; pero que aquel con quien se haya convenido su establecimiento se obligará por estipulacion, por cláusula penal, ó áun por satisdacion, á no poner obstáculo á su ejercicio. Tal es el ejemplo de Teófilo (Inst. Par. hoc §); tal es el de Pomponio: «*Si iter, actum, viam, aquæductum per tuum fundum emero, vacuæ possessionis traditio nulla est. Itaque cavere debes, per te non fieri quominus utatur*» (19. 1. 3. § 2.) Esto es lo que dice tambien Javoleno, pero este jurisconsulto añade: «*Ego puto usum ejus juris pro traditione accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*» (Dig. 8. 1. 20.) Lo que nos da con claridad á conocer la última interpretacion benévola de la jurisprudencia y del derecho pretoriano. Segun el derecho estricto, las servidumbres en suelo provincial no podian establecerse voluntariamente entre vivos, pues la *mancipacion* y la *in jure cessio* no eran allí admitidas: se constituian por pactos y estipulaciones sólo en el sentido de que el que las prometia se obligaba á no poner obstáculo á su ejercicio. Pero por una interpretacion ménos rigorosa se admitia la cuasi-tradicion, como dando el derecho real, al ménos en cuanto podia existir en provincia, es decir, por medio de interdictos útiles y de la publiciana. Á esto es preciso referir una constitucion de Alejandro concebida en los términos siguientes: «*Et in provinciali prædio constitui..... servitutes possint, si ea præsserint quæ servitutes constituunt*; es decir, la cuasi-tradicion; *tueri enim placita inter contrahentes debent*» (Cod 3. 34. 3.); constitucion acerca de la cual se han buscado, y Cujacio ha dado explicaciones tan poco naturales. En cuanto á las servidumbres negativas, no siendo susceptibles de cuasi-tradicion, permanece en el rigor del derecho. Podian, sin embargo, existir como derechos reales por consecuencia de la adjudicacion y del legado.

No estaré distante de creer, ademas, que estas disposiciones del derecho pretoriano, que por medio de los interdictos *veluti possessoria* y de la publiciana protegian las servidumbres del suelo provincial, habian sido igualmente aplicadas al suelo itálico respecto de las servidumbres constituidas en aquel suelo, por la simple cuasi-tradicion, ó por la retencion en una tradicion; existiendo entónces la servidumbre no por derecho civil, sino por la proteccion pretoriana, como en los fundos estipendiarios (*oficio prætoris; tuitione prætoris*, dicen los textos. Véase Dig. 8. 3. 1. § 2. f. Ulp.—Vatican. frag. § 61.)

En tiempo de Justiniano la *usucapion*, la *adjudicacion* y el *legado* quedaron más ó ménos modificados como medios de adquirir: la *mancipatio* y la *in jure cessio* desaparecieron completamente. Lo que era en otro tiempo el derecho de las provincias, llegó á ser en cierto modo y bajo muchas relaciones el derecho general. Se sigue de aquí que la duda y las decisiones relativas al establecimiento de las servidumbres en las provincias se reproducen en la legislacion de Justiniano. Así los pactos y las estipulaciones son los únicos medios de establecerlas voluntariamente entre vivos. La cuasi-tradicion, para las que de ellas son susceptibles, da el derecho real. Ademas, habiendo en todas partes reemplazado la mancipacion á la tradicion, pueden las servidumbres ser deducidas de éstas, como en otro tiempo lo eran de la mancipacion.

Yo no encuentro autoridad bastante segura para esta discusion en los innumerables textos del Digesto y del Código, porque necesariamente han debido ser mutilados por consecuencia de los cambios introducidos en los modos de adquisicion. Sin embargo, véanse los principales en pro de la opinion que yo adopto: Dig. 44. 7. 3. f. Paul.—11. 1. 3. § 2. f. Pomp. y 8. 1. 20. f. Javol—8. 6. 18. y 19. f. Marcian.—Y sobre todo D. 7. 1. 27. § 4. f. Ulp.—8. 1. 11. f. Modest.—15. 1. 136. § 1. f. Paul., donde se ve que una servidumbre estipulada no existe todavía como derecho real.—Reconozco que

decision, aunque parezca dictada por la fuerza de las cosas, no la creemos conforme á los principios de derecho romano.

Las servidumbres se extinguen :

1.° Por la pérdida ó destruccion de uno de los fundos, dominante ó sirviente; como, por ejemplo, si el edificio se arruina ó el terreno es inundado. Si el edificio se construye de nuevo, una interpetracion equitativa renueva las servidumbres (1).

2.° Por la confusion, si la misma persona se hace enteramente propietaria de los dos fundos (2).

3.° Por la aquiescencia, cuando el dueño del fundo dominante permite al del fundo sirviente hacer algo que impida el ejercicio de la servidumbre (3).

4.° Por el no uso, que al cabo de dos años era, segun el derecho civil, un modo de extincion para todas las servidumbres rurales ó urbanas. Sin embargo, aquí se presentaba de nuevo la importancia de la distincion establecida entre estas servidumbres. Respecto de las primeras, es decir, las servidumbres rurales, habia extincion por el no uso cuando habia transcurrido el tiempo fijado sin que el propietario ni el arrendatario ni nadie hubiese usado de la servidumbre en utilidad del fundo (4). Respecto de las segundas, esto es, las servidumbres urbanas, era ademas preciso que el propietario del fundo sirviente hubiese adquirido su libertad (*libertatem usucapere*); es decir, que hubiese hecho algun acto contrario á la servidumbre; por ejemplo, que hubiese construido más alto, tapado las luces, desviado las canales, quitado las vigas, cerrado

---

no se puede con seguridad argumentar acerca de las leyes, Dig. 8. 2. 35. f. Marc.—6. 2. 11. § 1. f. Ulp., relativas á la publiciana.

Por la opinion contraria : Dig. 43. 14. 3. §§ 13 y 14. f. Ulp., ley que no concluye nada, pues hay muchos casos en que las servidumbres existen de derecho sin ninguna casi-tradicion.—D. 7. 1. 25. § 7. f. Ulp.; Cod. 3. 33. 4, donde se trata siempre de la misma expresion *pactionibus constituuntur servitutes.*—En fin, la ley Cód. 3. 34. 14, en la que se hablaba probablemente de un pacto inserto como ley, de la mancipacion de una servidumbre rural.—Por lo demas, si se adopta esta última opinion, que tiene á su favor buenas razones y autoridades respetables, es preciso no restringirla; es preciso decir que el simple pacto, sin ninguna estipulacion, puede establecer un derecho de servidumbre, como establecia un derecho de hipoteca.

(1) D. 8. 3. 13. princ.—8. 6. 14. f. Javol.—8. 2. 20. § f. Paul.

(2) D. 8. 6. 1. f. Gayo.—8. 2. 30. f. Paul.

(3) D. 8. 1. 14. § 1. f. Ulp.—8. 4. 17. f. Papin.—8. 6. 8. f. Paul.—La cesion *in jure* hecha al propietario del fundo sirviente debia, en la época en que todavia existia, servir para extinguir las servidumbres, sin que fuese preciso hacer nada contrario á su ejercicio. Por lo que toca al pacto, á la sola convencion por cuyo medio se entregaba la servidumbre, creo que sólo producia una excepcion. Pero desde aquel momento el propietario del fundo sirviente podia oponerse á la servidumbre, y si el del fundo dominante lo habia vindicado, éste habria hecho desechar su accion por la excepcion de pacto.

(4) D. 8. 6. Leyes 5. 6. 20 hasta 25.

la abertura en que éstas se apoyaban, etc. (1). Esta diferencia consiste siempre en que las servidumbres urbanas son contínuas, y las servidumbres rurales, en su mayor parte, discontínuas.—Si se habia hecho algo que no permitia la servidumbre, por ejemplo, si se habia tomado agua de dia ó á ciertas horas, debiendo tomarse de noche ó á determinadas horas, ó bien si se habia tomado otra agua, se perdia enteramente la servidumbre al cabo de dos años de este uso irregular, sin haber adquirido nada en compensacion ; porque realmente no se habia usado de su servidumbre, y aquella de que se habia usado sin tener ningun derecho, no habia sido adquirida, pues la usucapion de los años no se aplicaba á las servidumbres (2).—Si el no uso procedia de una fuerza mayor, la servidumbre, rigorosamente hablando, no por esto se extinguia ménos, pero podia uno hacerse restituir por medio del pretor (3). Tal era tambien el derecho expuesto en las Pandectas de Justiniano ; no obstante, diferentes constituciones de este Emperador, publicadas algunos años ántes (en 530 y en 531 :— el Digesto y las Institutas son del año 533), habian ya introducido notables modificaciones en la pérdida de las servidumbres por el no uso. Así, pues, en primer lugar, lo que es incontestable y está reconocido por todos, es que Justiniano sustituyó en esta materia, al trascurso de tiempo de la usucapion civil, el de la prescripcion pretoriana ; de manera que las servidumbres prediales, en lugar de ser perdidas por dos años de no uso, no pudieron ya perderse sino por diez años contra presentes, y veinte contra ausentes (4). Pero un segundo punto no ménos importante y acerca del cual algunos intérpretes, especialmente los más modernos, están discordes, es que Justiniano habia establecido al mismo tiempo que las servidumbres no se extinguirian ya realmente por el no uso (*non utendo*), es decir, por el solo hecho de haber dejado de usar, sino que sería preciso ademas en todas las servidumbres, ya rurales, ya urbanas, que el propietario hubiese adquirido la libertad de ellas, haciendo algun acto contrario á su existencia. Dedúcese esta consecuencia de una constitucion relativa al usufructo, en la que dice Justiniano que

(1) D. 8. 2. 6. f. Gay.

(2) D. 8. 6 10. § 1. f. Paul. ; 17. f. Pomp. ; 18. f. Paul.—39. 3. 17. pr. f. Paul. La aplicacion de esta regla á los diferentes casos no carecia de dificultades.—7. 4. 20. f. Paul.—8. 5. 9. § 1. f. Paul.

(3) D. 8. 3. 35. f. Paul.

(4) Cod. 3. 34. const. Justinian.

este derecho no se perderá ya por el no uso : *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere.* Pero no adoptamos esta interpretacion. Creemos que no está en armonía con la naturaleza de las servidumbres rurales, pues siendo discontínuo el ejercicio de éstas, puede haber cesado del todo y desde mucho tiempo ántes, sin que haya ningun hecho contrario por parte del propietario de la herencia sirviente. Hay más : Justiniano habla expresamente, para la pérdida por el *no uso*, de la prescripcion por diez años contra presentes, ó de veinte contra ausentes (1). Luego la interpretacion que quiere darse á las expresiones de su constitucion acerca del usufructo haria casi imposible la aplicacion de esta prescripcion, y á ella sustituiria en realizar la prescripcion de treinta años, sin distincion de ausencia ni presencia : en efecto, si se quiere tomar de este modo literalmente esta expresion : *nisi talis exceptio*, etc., será forzoso decir que se necesita, no sólo que el propietario del fundo sirviente haya hecho un acto contrario á la servidumbre, sino tambien que lo haya hecho de buena fe y en virtud de un justo título, porque todo esto sería necesario si se tratase de dominio. De esta manera se toca en lo imposible, salvo en dos casos excepcionales : 1.° Aquel en que un tercero hubiese adquirido y poseido de buena fe el fundo sirviente, como franco y libre de la servidumbre. 2.° Aquel en que el propietario del fundo sirviente hubiese adquirido de buena fe la libertad de un tercero á quien creia propietario del fundo dominante : es decir, que en realidad, la verdadera prescripcion de las servidumbres por el no uso sería la de treinta años, por medio de la que quedaria extinguida la accion en vindicacion de la servidumbre, sin distincion entre ausentes ni presentes, sin necesidad de buena fe ni de causa justa de libertad ; pero siempre con la diferencia que necesariamente supone la naturaleza de las cosas, entre las servidumbres urbanas, cuyo ejercicio es contínuo, y las servidumbres rurales, que no tienen por lo general más que un ejercicio discontínuo (2). Éste puede ser muy bien un sistema de legislacion, y casi es el mismo que ha adoptado nuestro código civil (3); pero no es el de las constitu-

---

(1) « *Censuimus, ut omnes servitutes* non utendo *amittantur, non bienio, quia tantummodo soli rebus annexæ sunt, sed decennio contra præsentes, vel viginti spatio annorum contra absentes.* » (Cod. 3. 34. 13.)

(2) Cod. 7. 39. 3.

(3) Cod. civ., arts. 706 y 707.

ciones de Justiniano, que hablan positivamente del no uso, por diez años contra presentes y veinte contra ausentes, sin decir nunca una sola palabra especial acerca de la prescripcion por treinta años. Todos estos motivos nos hacen creer con toda seguridad que la frase de Justiniano sólo se refiere al tiempo de la prescripcion, y no á las demas condiciones exigidas para la adquisicion del dominio. Pero lo que todavía es más decisivo á propósito de las servidumbres prediales, es que Justiniano dice en todas partes en sus nuevas constituciones que aquéllas se extinguirán *non utendo*. En fin, la hipótesis sentada y la solucion dada por el Emperador, en su constitucion 14, contradicen, radicalmente en nuestro concepto y sin réplica, la opinion que nos negamos á adoptar (1).

Hay ademas otros casos ménos importantes que pueden hacer cesar las servidumbres, como, por ejemplo, si están establecidas de un modo definitivo ó por personas cuyos derechos están resueltos (2).

TITULUS IV. — TÍTULO IV.

DE USUFRUCTU. — DEL USUFRUCTO (3).

Pasamos á tratar de las servidumbres personales (*servitutes personarum*), en las cuales el derecho aislado de la propiedad no lo está para aumentar el recreo ó la utilidad de un fundo, sino en ventaja especial de una persona á la que aquél pertenece. A diferencia de las servidumbres reales, las servidumbres personales se aplican á las cosas muebles lo mismo que á las inmuebles; sólo consisten en sufrir; no todas son indivisibles; así, pues, el usufructo, que consiste principalmente en la percepcion de los frutos, objetos capaces de division, puede ser adquirido ó perdido en parte, siendo así que no sucede lo mismo con el uso, que se considera indivisible (4).

(1) Cod. 3. 34. const. 13 y 14. Sin embargo, ésta es la opinion adoptada por mis compañeros, M. DUCAURROY (*Instit. nuev. expl.*, t. 1, p. 345, n. 438), y M. PELLAT (*De la propiedad y del usufructo*, p. 168).

(2) D. 8. 6. 11. § 1. f. Marcel.

(3) Véase en esta materia especial el tratado de nuestro compañero M. PELLAT, intitulado: *De la propiedad y del usufructo*. Paris, 1837, folleto 8.º

(4) D. 7. 4. 14 y 25. f. Pomp.—*Frui quidem pro parte possumus: uti pro parte non possumus.* (7. 8. 19. f. Paul.)

Parece que estas servidumbres no fueron introducidas en la legislacion romana sino despues de las servidumbres de herencias, y que no se metodizaron en ella sucesivamente. Así es que nada indica en los fragmentos de las Doce Tablas ni en los escritos posteriores su existencia en aquella época primitiva. Nos consta por los escritos de Ciceron, que en su tiempo estaban establecidos el usufructo y el uso; que los jurisconsultos discutian tambien si los hijos de una esclava estaban ó no comprendidos en el número de los frutos; que se conocia aún el cuasi-usufructo de las cosas de consumo (1). Un senado-consulto posterior introdujo este cuasi-usufructo. En fin, se colocó más adelante entre las servidumbres personales el derecho de habitacion y el de servicios. Los recorrerémos sucesivamente.

Usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia. Est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.

El usufructo es el derecho de usar de las cosas de otro, y de percibir sus frutos sin alterar la sustancia de ellos; porque es un derecho sobre un cuerpo, y si el cuerpo se destruye, queda necesariamente destruido el derecho.

El usufructo, que es la más importante de todas las servidumbres personales, se trata con mucha extension en el Digesto. Los comentadores de Gayo, las reglas de Ulpiano y las sentencias de Paulo, nos presentan tambien pasajes relativos á él; por último, los fragmentos del derecho romano descubiertos por M. Maï en la biblioteca del Vaticano contienen un título relativo á esta materia (2).

Son notables en la definicion que da nuestro texto las palabras *utendi* y *fruendi*, que indican todos los derechos que comprende el usufructo (el uso y los frutos); las palabras *rebus alienis*, porque el usufructo no puede existir sino sobre las cosas de otro (*nemini res sua servit*); y en fin, las expresiones *salva rerum substantia*, que están tomadas en dos diferentes sentidos. En efecto, algunos jurisconsultos las consideran como relativas á la duracion del usufructo, y las traducen de este modo : *El derecho de usar y de disfrutar miéntras dura la sustancia;* otros, como relativas á los de-

(1) Cicero. *De finib. boni et mali*, lib. 1, cap. 4.—Id. *in Topicis.*

(2) Dig. lib. 7. tit. 1 y sig.—Gay. 2. §§ 30 y sig.—Ulp. Reg. 24. §§ 26 y 27.—Paul. Sent. 3. 6. §§ 17 y sig.—Vaticana J. R. Frag. tit. 2. *De usu et fructu.* Themis, t. 5; y BLONDEAU, *Jus antejustinianeum*, p. 336, § 41 y sig.

rechos del usufructuario, y las traducen así : *El derecho de usar y de disfrutar..... sin alterar la sustancia.* Esta última interpretacion me parece la preferible y que debo adoptar; las palabras del texto, en mi dictámen, son casi equivalentes á estas : *Jus utendi, fruendi, sed non abutendi* (1).

El dominio, en oposicion al usufructo que ha sido separado de él, se llama con frecuencia entre los romanos *nuda proprietas*, y en frances *nue propriété*.

Veamos ahora cuáles son los derechos y las obligaciones del usufructuario y del propietario.

El usufructuario tiene el *jus utendi;* y no puede darse aquí una teoría más sana y más lógica que la que ha sido presentada en Alemania por M. Thibaut, y por M. Ducaurroy entre nosotros (2). El *jus utendi* no es, como habian dicho los comentadores hasta

(1) La primera interpretacion, apoyada en Teófilo, fué dada en otro tiempo por Gifanio, y generalmente desechada. Mr. Ducaurroy la ha reproducido con nuevos motivos en la Thémis (t. 1. p. 260), y en las Institutas explicadas (t. 1. p. 333). Se profesa en la escuela, y Mr. Varnkœnig la ha adoptado en sus comentarios del derecho romano (n. 300, t. 1. p. 438). A pesar de estas autoridades, hé aquí las razones que no me permiten admitirla. Se fundan en dos motivos principales : 1.° En el *est enim* que enlaza la primera frase con la segunda. Este enlace no está rigorosamente justificado, es preciso confesarlo, con el sentido que yo adopto; pero veámoslo con el otro. Este silogismo : *todos los animales son hombres, porque todos los hombres son animales*, parece ridículo : ¿no haria un raciocinio enteramente igual el texto si dijera : *el usufructo dura tanto como la sustancia, porque se destruye si la sustancia se destruye?* La segunda proposicion es verdadera, pero la primera es completamente falsa. Es preciso, pues, conocer en el *enim* una de esas conjunciones tan comunes en la lengua latina, y especialmente en las Institutas, y en las que por lo ménos las dos terceras partes de los párrafos empiezan con *autem, tamem*, etc., y en las que podriamos citar muchísimos ejemplos, como el lib. 1. tit. 10. § 1; tít. 13. § 3; tit. 24. pr., lib. 2. tit. 1. § 26, y tantos otros, en los que los *ergo, itaque, tamen*, no tienen absolutamente sentido alguno. La duda desaparece si se reflexiona que estas dos frases forman en el Digesto dos leyes diferentes (7. 1. 1 y 2), y están tomadas la una de Paulo y la otra de Celso, que se han reunido, aunque mal.—2.° El segundo motivo se apoya en el *ne tamen* del § 1. Este *tamen* es de la misma naturaleza que los que hemos citado; ni aquí ni en el Digesto (7. 1. 3. § 2.) hay ninguna conexion con el párrafo precedente. Por lo demas, la frase está sacada de un tercer jurisconsulto, Gayo. Expresa la reflexion natural de que el usufructo, siendo el *jus utendi, fruendi*, haría inútil la propiedad si estuviese siempre separado de ella. Pero ¿está en la esencia del usufructo durar tanto cuanto dura la sustancia de las cosas, ó sólo es por correctivo el hacerlo extinguir ántes? Ó más bien, ¿no está en la esencia del usufructo, servidumbre personal, acabar con la persona para la que estaba establecido? ¿Para qué se da una falsa definicion del usufructo, si es preciso corregirla al instante?—En fin, prescindiendo de todas estas razones, me parece que un pasaje de Ulpiano demuestra por sí solo cuál era el sentido dado aquí á las palabras *salva substantia*. «El usufructo puede establecerse, dice este jurisconsulto, sobre cosas de que no es posible disfrutar *salva rerum substantia;* pero no respecto de aquellas que se consumen por el uso, como el vino, el aceite..... etc.» (Ulp. Reg. tit. 24. §§ 26 y 27.) Así en el sentido de los jurisconsultos romanos, disfrutar *salva substantia* es disfrutar sin consumir.—La controversia, por lo demas, carece de importancia. Se reconoce por una y otra parte que el usufructuario debe conservar la sustancia, y que el usufructo se destruye con la sustancia.

(2) THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. (Ensayos sobre algunas partes especiales de la teoría del derecho.) Jen. 1798-1801 y 1817, 2 vol. en 8.° 1. 3.—DUCAURROY, Themis, t. 1. p. 263-265. 1819.—Institutas explicadas, t. 1, p. 348 y sig.—Esta teoría está actualmente establecida tanto en Alemania como entre nosotros.

nuestros dias, el derecho de percibir los frutos, circunscripto por la necesidad. Es un derecho particular y muy distinto, que consiste en sacar de la cosa toda la utilidad que pueda proporcionar, sin tomar ningun producto de ella ni alterar su sustancia. De esto procede el derecho de habitar la casa, de vivir en el fundo rural, de ejercer las servidumbres de simple uso que se le deben, de emplear los bueyes y los caballos en la labor y en todos los trabajos para que son propios, los barcos en la navegacion, etc. (1).

El usufructuario tiene ademas el *jus fruendi*, es decir, el derecho de percibir todos los frutos de la cosa (2). En este lugar importa determinar lo que se entiende por frutos. Son, nos dicen muchos textos, *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipitur* (3). Sin embargo, en realidad sólo se colocan en la clase de frutos los objetos que la cosa está destinada á producir; así los que son un resultado ó accesorio accidental, como el aluvion, la isla nacida cerca del fundo (4), el tesoro (5), y el legado hecho al esclavo (6), no pertenecen al usufructuario. Por una razon casi semejante, al hijo de una esclava, como hemos visto, no se le coloca entre los frutos; del mismo modo no se consideran como frutos los objetos que son más bien una parte de la cosa que un producto ordinario de ella; tales son los bosques no destinados á ser cortados; el usufructuario no adquiere los árboles que mueren ó que arranca la violencia de los vientos, miéntras que recoge el producto de los árboles cortados (*silva cædua*) (7).

El usufructuario puede ejercer por sí mismo su derecho, ó bien

---

(1) Dig. 7. 8. fr. 2 y 10. § 4. Ulp.—D. 7. 1. 15. § 7.—7. 6. 1. pr. y § 1.—8. 5. 2. § 2. f. f. Ulp.—D. 7. 8. 12. §§ 3 y 4. f. Ulp.—D. 7. 1. 12. § 1. f. Ulp.—El *jus utendi* es una fraccion tan pequeña del *jus fruendi*, que el que tiene éste íntegramente, está tambien obligado á introducirse en el uso por todo lo que es necesario al cultivo y recoleccion de los frutos. Esto es lo que nos dice Florentino (D. 7. 1. 42). Es verdad que muchas veces se dice entre los romanos *uti*, por obtener una utilidad cualquiera, ya en frutos, ya de otro modo; pero entónces se emplea esta palabra en una acepcion general.

(2) D. 7. 1. 7. p. f. Ulp.

(3) D. 7. 1. 9. p. f. Ulp., y 59. § 1. f. Paul.

(4) D. 7. 1. 9. § 4. f. Ulp.

(5) D. 24. 3. 7. § 12. f. Ulp.

(6) Inst. 2. 9. § 4.

(7) D. 7. 1. 9. § 7 y f. 12. pr. Ulp.—Puede solamente usar de estos árboles para sus necesidades domésticas y el mantenimiento del edificio. Respecto de las canteras, minas, etc., véanse las leyes D. 7. 1, l. 9. §§ 2 y 3, l. 13. § 5.—D. 23. 5. 18.—24. 3. 7. §§ 13 y 14, que en último resultado conceden al parecer los productos al usufructuario.—Todo lo que aquí vemos nos prueba que la descomposicion ordinaria que se hace del dominio en *jus utendi, fruendi et abutendi*, no es, como dejamos dicho, completamente exacto; así pues, despues de haber separado de él para el usufructuario el *jus utendi et fruendi*, le queda al propietario no sólo el *jus abutendi*, sino tambien el derecho de adquirir todos los accesorios que no pertenecen á la clase de frutos.

vender, alquilar y ceder gratuitamente el ejercicio de este derecho en todo ó en parte (1). Si alquila la cosa cuyo usufructo le pertenece, el precio que se paga por el alquiler reemplaza para él la utilidad ó los frutos de la cosa; esto es lo que se llama frutos civiles.

Es indispensable advertir que el usufructuario no tiene la propiedad de los frutos, sino sólo el derecho, exclusivamente afecto á su persona, de recogerlos ó de hacerlos recoger; esto es lo que hemos visto (2). De esto se sigue que todavía no es propietario de los frutos que naturalmente han caido del árbol, pero que no han sido recogidos; ni de los frutos cogidos por otros, que no sean él mismo ó los que le representan; por ejemplo, un ladron (3). Tambien se sigue de esto que los frutos no percibidos en el momento de su muerte no pasan á sus herederos, sino que permanecen siendo del propietario. Y recíprocamente, si al principio del usufructo existen frutos en las ramas ó en las raíces, el usufructuario tiene derecho á percibirlos (4). ¿Qué se deducirá en este punto relativamente á los frutos cogidos ántes de su madurez? No hay contra él ni contra sus herederos ninguna accion en este asunto, siempre que los hubiese cogido sin intencion de fraude, y como un buen padre de familia (5). ¿Y qué decidirémos tocante á los frutos civiles? Los textos no están bien terminantes en esta materia, pero parece que de ellos resulta que se adquieren dia por dia, cuando se trata, por ejemplo, de los alquileres de una casa, del trabajo de un esclavo, de una acémila; pero que cuando estos alquileres son representacion de frutos naturales, como en el arriendo de un fundo rural, no se deben al usufructuario sino cuando las cosechas se han recogido en vida suya (6).

El usufructuario debe gozar del usufructo como un buen padre de familia (*quasi bonus pater familias*) (7). Por esto no debe esta-

---

(1) D. 7. 1. 12 § 2. f. Ulp.

(2) Inst. 2. 1. § 26.

(3) D. 7. 4. 13. f. Paul.—7. 1. 12. § 5. f. Ulp.—Es muy diferente en esto del poseedor de buena fe, que á vista de terceros es considerado como propietario de los frutos desde que han caido. Así el usufructuario no tendria contra el ladron la *rei vindicatio* ni la *conditio furtiva*, que sólo se conceden al propietario, sino únicamente la *actio furti*, como interesado en que no se verificase el robo.

(4) D. 7. 1. 27. pr. f. Ulp.

(5) D. 7. 1. 48. § 2. f. Ulp.—23. 2. 42. f. Javol.—Por ejemplo, las aceitunas, porque dan un aceite más exquisito; el heno para que sea más fino; las naranjas para exportarlas.

(6) D. 7. 1. 26. f. Paul.; 58. f. Scevol.

(7) Inst. 2. 1. 38.

blecer en la casa una posada, baños públicos, un taller, si no estaba destinada á estos usos (1). No debe desnaturalizar los empleos de los esclavos, haciendo, por ejemplo, un panadero de un músico, un mozo de baños de un comediante (2). Debe, como hemos visto, reemplazar las viñas y los árboles frutales que mueren, y emplear el aumento del ganado en sustituir las cabezas que falten. No tiene el derecho de alterar la sustancia de las cosas (*salva substantia*). Pero ¿qué se entiende por sustancia? Física ó metafísicamente hablando, sería muy difícil dar un sentido exacto á esta palabra bastante vaga, que es derivada de *sub stare;* pero en derecho, en la materia que nos ocupa, significa lo que es lo principal, el carácter esencial en la manera de ser de la cosa; por esta razon no sólo no tiene el usufructuario el derecho de destruir (*abuti*), sino que ni áun podria edificar sobre el terreno cuyo usufructo posee; variar los edificios, transformar un verjel ó un jardin de recreo en una huerta, ni al contrario (3).

El usufructuario está obligado á costear las reparaciones de mantenimiento (*modica refectio*), y los impuestos ú otras cargas que pesan sobre los frutos (4).

En fin, el derecho pretoriano le obliga á dar, ántes de entrar en posesion, satisdacion de que gozará del usufructo como un buen padre de familia, y que restituirá al fin de aquél lo que quede de la cosa : «*Usurum se boni viri arbitratu : et cum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit.*» Un título del Digesto está consagrado á esta satisdacion (5).

1. Usufructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. Ut ecce, si quis usumfructum alicui *legaverit :* nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. Et contra, si fundum legaverit, *deducta usufructu*, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum. Item, alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine

1. El usufructo está separado de la propiedad; y esta desmembracion se hace de muchas maneras : por ejemplo, si el usufructo está *legado* á alguno, porque el heredero tiene la mera propiedad, y el legatario el usufructo. Y recíprocamente, si un fundo es legado, deducido el usufructo, entónces tiene el legatario la mera propiedad, y el heredero el usufructo. Tambien se puede legar á uno el usufructo, y á otro la propiedad, deducido aquel usufructo.

(1) D. 7. 1. 13. §§ 89 y 27. § 1. f. Ulp.
(2) D. 7. 1. 15. § 1 y sig.
(3) D. 7. 1. 7. § 1.; 8. 13. § 4., etc., f. f. Ulp.
(4) D. 7. 1. 7. § 2. f. Ulp.
(5) D. 7. 9. 1. y sig.

testamento si quis velit usumfructum alii constituere, *pactionibus et stipulationibus* id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

Si alguno quiere, sin testamento, establecer un usufructo, es preciso que lo haga por *pactos* y *estipulaciones*. Pero como la propiedad habria sido completamente inútil si el usufructo se segregase siempre, se ha querido que el usufructo se extinga y que se reuna de muchos modos á la propiedad.

Este párrafo se refiere á los modos con que se constituye el usufructo. Gayo, Paulo, y sobre todo los fragmentos del Vaticano, suministran sobre este punto nociones preciosas del antiguo derecho (1). Ya en parte las hemos expuesto más arriba, al tratar del establecimiento de las servidumbres: sólo nos falta añadir algunas ligeras consideraciones.

Es preciso establecer desde luégo la distincion entre dar y deducir el usufructo (*dare*, *deducere usumfructum*). Darlo es transferirlo á alguno, reteniendo la mera propiedad; deducirlo es, por el contrario, dar la mera propiedad á alguno, reteniendo el usufructo.—Los legados, los pactos y las estipulaciones son los medios indicados por el texto para establecer el usufructo: es preciso añadir la adjudicacion y la ley en ciertos casos.

Respecto á los legados, sólo añadirémos al texto algunas observaciones. La primera, que era el medio más usado y más favorablemente interpretado para el establecimiento de las servidumbres personales (2).—La segunda es que en tiempo de Justiniano, por regla general, cualesquiera términos en que el legado se hubiese hecho, transferia siempre el usufructo como derecho real, sin ninguna cuasi-tradicion (3).—La tercera, que en esta especie de legados no habia intervalo entre lo que se llamaba el *dies cedit* y el *dies venit;* es decir, entre el momento en que el derecho eventual al legado se hallaba fijado en beneficio del legatario (*dies cedit*), y aquel en que el legado era exigible (*dies venit*). Así, en los legados ordinarios, el derecho eventual al legado se adquiria y fijaba en beneficio del legatario por punto general desde el dia de la muerte, no siendo exigible sino desde el dia de la adicion de la herencia. En los legados de usufructo no se fija el derecho (*dies*

(1) Gay. 2. §§ 31 y sig.—Paul. Sent. 3. 6. §§ 17 y sig.—Vatic. J. R. Fragm. §§ 41 y sig.

(2) Ulpiano y Paulo sólo tratan del usufructo con ocasion de los legados; un título del Digesto está destinado al legado de usufructo. (D. 33. 2.)

(3) Inst. 2. 20. § 2.

cedit) hasta que es exigible; porque, segun dice Ulpiano, no hay usufructo sino cuando alguno principia á poder disfrutar, es decir, en general á la adicion de la herencia (1). El efecto principal del *dies cedit* en los legados ordinarios es de hacer el derecho eventual transmisible á los herederos; este efecto no puede realizarse en el usufructo, que es un derecho exclusivamente personal; pero muriendo el usufructuario despues del *dies cedit* trasmite á sus herederos lo que ha adquirido, es decir, el derecho que recobra sobre los frutos percibidos desde aquel dia hasta su muerte. El *dies cedit* conserva ademas su importancia en otros muchos puntos que explicarémos al tratar de los legados; principalmente en la determinacion de las cosas que deben componer el legado.—En fin, nuestra cuarta observacion recae sobre estas palabras del párrafo: *Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.* Se explican por una ley del Digesto, en la que vemos que si el testador quiere legar á uno todo el usufructo, y á otro sólo la mera propiedad, debe tener gran cuidado de legar á este último el fundo, *deducto usufructu;* porque si le legase el fundo (*fundum*) sin expresar la deduccion del usufructo, este legatario tendria tambien en su legado el usufructo, y lo partiria con el otro legatario (2).

Respecto de los pactos y estipulaciones, es preciso recurrir á lo que hemos dicho de las servidumbres. En tiempo de Justiniano los pactos puestos en una tradicion establecian desde el momento el usufructo como derecho real; pero los demas pactos y estipulaciones dan orígen solamente á la obligacion de constituir el usufructo, que no existe como derecho real hasta despues de la cuasitradicion. Esta es al ménos la opinion que adoptamos. Hemos visto el motivo de la reunion del pacto y de la estipulacion.

La adjudicacion del juez establece el usufructo como las servidumbres prediales en las acciones *familiæ erciscundæ*, y *communi dividundo* (3).—En fin, en algunos casos la ley da el usufructo

---

(1) D. 7. 3. f. Ulp.—«*Tunc enim constituitur usufructus, cum quis jam frui potest.*» Labeon habia creido, por el contrario, que el *dies cedit* debia verificarse en los legados de usufructo lo mismo que en los demas. (Vatic. J. R. Fragmenta, § 60.)

(2) D. 33. 2. 19 f. Modest.—Se puede añadir aquí que el uso, no habiendo prueba contraria, se sobreentendia en los frutos. Así cuando se habia legado *fructus*, era lo mismo que si se hubiese legado *usumfructum;* á ménos que no se hubiese dejado á uno el uso, á otro los frutos y á un tercero la mera propiedad (D. 7. 8. 14. § 1. f. Ulp.).

(3) D. 7. 1. 6. § 1. f. Gay.

legal. En breve propondrémos un ejemplo en el usufructo concedido al padre sobre ciertos bienes de sus hijos (1).

En cuanto al uso ó cuasi-posesion, es seguro que nunca en el antiguo derecho pudo establecerse un derecho de usufructo, ya por el tiempo de la usucapion, ya por un tiempo inmemorial (2); pero era cosa vulgarmente admitida que Justiniano habia introducido en su código la adquisicion del usufructo por diez años de uso contra presentes y veinte contra ausentes. Esta opinion ha sido fuertemente impugnada en nuestros dias por un jurisconsulto aleman, el señor de Zimmern, y ya la han abandonado muchos escritores (3).

II. Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in servis, et jumentis, et cæteris rebus, exceptis iis quæ ipso usu consumuntur : nam hæ res, neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum : quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, *vestimenta :* quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua per mutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa, senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui : ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur, aut capite minuatur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario ut ejus fiant ; sed æstimatis his, satisdatur, ut si moriatur, aut

2. El usufructo puede constituirse no sólo sobre fundos y edificios, sino tambien sobre esclavos, bestias de carga y demas cosas, exceptuándose las que se consumen con el uso; pues éstas, ni por su naturaleza, ni por el derecho civil son susceptibles de usufructo. En el número de estas cosas se hallan el vino, el aceite, el trigo, los *vestidos*, á los cuales puede asimilarse la plata acuñada, que en cierto modo se consume con el uso diario del cambio. Pero el senado ha decidido con objeto de utilidad que el usufructo pueda establecerse áun sobre estos objetos, con tal que el heredero reciba una suficiente caucion. Si, pues, ha sido legada en usufructo una suma de dinero, se le da en toda propiedad al legatario; pero éste da satisdacion al heredero de la restitucion de igual suma á su muerte ó á su disminucion de cabeza. Las demas cosas se dan del mismo modo en propiedad al legatario que, en vista de tasacion, presta satisdacion de que

(1) Inst. 2. 9. §§ 1 y 2.

(2) D. 41. 3. 41. § 5. f. Pap.

(3) Véase más arriba la Thémis, t. 4, p. 373; y t. 6, p. 333.—La constitucion de Justiniano se halla en el Cod., lib. 7, tit. 33, constit. 12. Despues de haber expuesto largamente y resuelto las dificultades que pueden nacer relativamente á la ausencia y presencia de las partes para la prescripcion de diez ó veinte años, el Emperador termina con estas frases : «*Eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quæ jure consistunt, veluti ususfructus et cæteræ servitutes.*» Estas palabras habian sido entendidas como aplicadas á la adquisicion de las servidumbres y del usufructo por la prescripcion. Por lo demas, ningun otro pasaje acerca del usufructo indica este modo de adquirir. Asi es que el señor de Zimmern no ha creido que el prolijo Emperador haya podido en tan pocas palabras introducir tan grande alteracion; y sólo aplica la frase del código á la extincion del usufructo por diez ó veinte años de no uso.

capite minuatur, *tanta pecunia restituatur*, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem *quasi usumfructum* constituit.

á su muerte ó por su disminucion de cabeza, *restituirá una suma igual* á su tasacion. El senado no ha creado sobre estas cosas un usufructo, porque era imposible, sino que por medio de una caucion ha construido un cuasi-usufructo.

Aquí se trata de la especie de usufructo que puede establecerse sobre las cosas de consumo, en virtud de las disposiciones generales de un senado-consulto cuya fecha no se conoce con seguridad. Es cierto, cumo ya hemos dicho, que esta especie de usufructo no existia todavía en tiempo de Ciceron. El senado-consulto en virtud del cual se ha introducido puede referirse, ya á los últimos tiempos de la república, ya al reinado de Augusto ó de Tiberio. Ulpiano nos ha trasmitido la decision precisa del senado-consulto en estos términos : « *Ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit.*» De donde por induccion se deduce la consecuencia de que se puede legar el usufructo áun de las cosas de consumo. Los comentadores han dado á este usufructo el nombre de *cuasi-usufructo;* expresion que en rigor no pertenece al derecho romano, aunque de él se deduzca; pero que puede usarse porque es cómoda, y ademas exacta. Los textos romanos llaman siempre *usufructo* al derecho así establecido. Puede verse en nuestro párrafo, y áun en el epígrafe del título especial del Digesto : *De usufructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur* (1). Sólo Gayo, y despues de él nuestro texto, hacen notar que el senado no ha podido hacer que el derecho de esta manera legado fuese un usufructo; pero con el auxilio del remedio introducido principió á considerarse como usufructo : «*Sed remedio introducto cœpit cuassi ususfructus haberi*» (2). Véase el orígen de la denominacion especial de *quassi-ususfructus* hecha vulgar.—Obsérvese que en la decision del senado referida por Ulpiano, lo mismo que en los diferentes textos que nos han quedado, no se trata nunca sino de legados, de lo que podria cualquiera inclinarse á creer que la posibilidad de constituir semejante derecho no habia sido introducida sino para los legados y que á ellos estaba limitada.

Es bueno observar tambien que el usufructo en este caso tiene

(1) D. 7. 5.
(2) Ib. 2. f. Gay.

una grande analogía con el préstamo de consumo (*mutuum*). Sin embargo, se diferencia en muchos puntos: en la manera con que se establece; en la manera con que se extingue; en la satisdacion que se exige del usufructuario, y en algunos otros.

Vestimenta. Dos leyes del Digesto colocan los vestidos entre las cosas capaces de un verdadero usufructo (1), y las Institutas entre las cosas sobre las cuales se establece un usufructo de cosas de consumo. Es preciso decir, en efecto, que, segun su naturaleza y la intencion de las partes, pueden ser igualmente destinadas, ya á ser dadas en toda propiedad, ya á serlo únicamente en uso.

Tanta pecunia restituatur. El texto habla sólo de la estimacion de las cosas y de la promesa de restituir el precio de esta estimacion. Gayo nos dice en el Digesto que se puede ó tomar este medio, que es más cómodo (*quod et commodius est*), ú obligarse á restituir los objetos en la misma cantidad y calidad (2).

III. Finitur autem ususfructus *morte* usufructuarii, et duabus *capitis deminutionibus*, maxima et media, et *non utendo per modum et tempus*: quæ omnia nostra statuit constitutio. Item, finitur ususfructus *si domino* proprietatis ab usufructuario *cedatur*, nam cedendo extraneo nihil agit; vel, ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius si ædes incendio *consumptæ fuerint*, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum necesse est, et ne areæ quidem usumfructum deberi.

3. El usufructo acaba *por la muerte* del usufructuario; *por dos disminuciones de cabeza*, la grande y la media, y por no uso, *segun el modo convenido y durante el tiempo determinado*, cosas todas establecidas por nuestra constitucion. Se acaba si el usufructuario hace *cesion de ella al propietario*, porque la cesion hecha á un extraño sería nula; y por el contrario, si el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa, lo que se llama consolidacion; en fin, si el edificio *se consume* por un incendio ó se derriba por un temblor de tierra ó por un vicio de construccion, el usufructo debe necesariamente acabarse, y no se debe ni áun sobre el suelo.

Pasemos á los medios con que se acaba el usufructo. El texto indica cinco: la muerte del usufructuario, su disminucion de cabeza, el no uso, la cesion, la consolidacion y la pérdida ó alteracion de la cosa (3).

Morte. Si el usufructo perteneciese á una ciudad ó corporacion,

---

(1) D. 7. 1. 15. § 4. f. Ulp.—7. 9. 9. § 3. f. Ulp.

(2) D. 7. 5. 7. f. Gayo.

(3) Se puede ver en los fragmentos del Vaticano, §§ 57, 61 y siguientes, y en las sentencias de Paulo, 3. 6. §§ 17 y siguientes, esta materia segun el antiguo derecho.

debia acabarse al cabo de cien años, término regularmente de la vida del hombre (1).

Capitis deminutionibus. La pequeña disminucion hacía perder en otro tiempo el usufructo. Así es que cuando un jefe de familia se daba en adrogacion pasando con todos sus bienes á poder del adrogante, se extinguian los derechos de usufructo, porque pertenecian exclusivamente á su persona; pero la primera persona se absorbia y extinguia en otra. Justiniano decidió por una constitucion que no fuese así en adelante, y que sólo la grande y media disminucion de cabeza extinguiesen el usufructo (2). Entre los jurisconsultos romanos se habia discutido una cuestion relativa á si el usufructo que un jefe de familia habia adquirido por su esclavo ó por su hijo, debia extinguirse por muerte, enajenacion ó manumision del esclavo, ó por muerte y disminuciones de cabeza del hijo. Sabemos por los fragmentos del Vaticano que esta controversia sólo se aplica al caso del usufructo legado *per vindicationem*, al esclavo ó al hijo de familia, y no al usufructo que hubiesen adquirido por consecuencia de una estipulacion: en este último caso lo que recaia sobre el esclavo ó el hijo no alteraba el derecho (3). Justiniano, sin hacer ya distincion entre estos diversos casos, decide por una constitucion que el usufructo no se acabará sino con la muerte ó disminuciones de cabeza del jefe de familia. Quiere ademas, cuando este usufructo ha sido adquirido por el hijo, que á la muerte ó disminuciones de cabeza del padre pasen en cabeza del hijo (4).

Non utendo per modum et tempus. Esta expresion significa, segun la opinion comun: «por el no uso segun el modo conveniente y durante el tiempo fijado.» En efecto, si el usufructuario no hubiese ejercido su derecho segun el modo que exige imperiosamente la naturaleza del usufructo, ó que las partes hubiesen ar-

---

(1) 7. 1. 56. f. Gay.

(2) Cod. c. 3. 36. 16.

(3) El motivo de la diferencia es que en un legado hecho al esclavo ó al hijo, la persona del dueño no se considera sino para saber si hay faccion de testamento; por lo demas, en la persona del esclavo ó del hijo de familia reside el legado (D. 31. f. 82. § 2. Paul.— Vatic. J. R. frag. § 75); á tal punto que no se podia legar una servidumbre predial á un esclavo ó á un hijo de familia en el fundo del dueño, á ménos que no se tratase de un fundo que perteneciese á su peculio (Vaticano J. R. frag. § 56.—D. 32. f. 17. § 1. Marcian.— D. 33. 3. 5. f. Papin.). En la estipulacion, por el contrario, se considera únicamente la persona del dueño. Esto suministra la explicacion del fragmento de Paulo (Dig. 45. 3. 3. 26. f. Paul., y Vatic. frag. § 55.)—Véase la obra de M. Pellat. *De la propiedad y del usufructo*, pág. 104).

(4) Cod. 3. 38. 17.

reglado entre sí este derecho, al ménos en los antiguos principios de la jurisprudencia romana se habria perdido, conforme á lo que ya hemos expuesto al tratar de las servidumbres prediales (1). Sin embargo, nuestro colega M. Ducaurroy da otro sentido á las expresiones del texto y las considera como inmediatamente ligadas á las palabras que siguen, significando: «segun el modo y durante el tiempo que nuestra constitucion tiene determinados»; que harian alusion á un cambio radical que la constitucion de Justiniano habria introducido, no sólo en cuanto á la duracion del tiempo, sino tambien en cuanto al modo prescrito para la extincion del usufructo por el no uso. Por nuestra parte, adoptamos la opinion comun, porque es la que nos parece más conforme á la construccion de la frase, y la que por otra parte da textualmente Teófilo, cuya paráfrasis dice: «segun el modo convenido y durante el tiempo fijado.»

En cuanto al cambio radical á que hace alusion el texto, ya hemos hablado de él al tratar de las servidumbres prediales. Este cambio recae incontestablemente sobre el tiempo, que era en aquella época el mismo que el de la usucapion: un año para los muebles y dos para los inmuebles. Justiniano, por su constitucion inserta en el Código, bajo el número 16 (lib. 3, tít. 33), quiere que sea el mismo tiempo que el fijado para la pérdida de la propiedad, es decir, tres años para los muebles, y respecto de los inmuebles, diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Pero el cambio introducido por el Emperador ¿se limita á lo que concierne al tiempo, ó modifica igualmente el modo, es decir, las condiciones exigidas para la extincion. Hemos referido los términos de la constitucion: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur quæ etiam si dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere.*» Lo que, interpretado á la letra, significa que sería preciso para rechazar al usufructuario, que otro hubiese poseido, que hubiese poseido de buena fe, y con justa causa de adquisicion, al ménos para la prescripcion de diez ó veinte años. De donde se deduce la consecuencia de que el usufructo no

---

(1) Sin embargo, la aplicacion de esto es más limitada en hecho de usufructo que en hecho de servidumbres prediales, porque basta usar para conservar el *jus fruendi*, ó tomar cualesquiera frutos para conservar el derecho relativamente á todos. Sin embargo, supóngase que el establecimiento del derecho de usufructo se limitase á ciertos frutos, como, por ejemplo, al derecho de recolectar todas las uvas y que el usufructuario hubiese recogido todo el trigo sin tocar nunca á las uvas; al cabo del tiempo fijado habria perdido su derecho (V. Dig. 7. 4. 20. f. Paul.)

se extinguiria ya realmente por el no uso del usufructuario, sino sólo por gozar de él otro ; que la extincion por diez ó veinte años no podria ocurrir, á excepcion de dos casos : 1.°, aquel en que un tercer adquirente hubiese adquirido de buena fe, ya el fundo como libre, ya el usufructo de manos de otro que no fuese el usufructuario, y hubiese gozado de él bajo este título; 2.°, aquel en que el propietario ha adquirido de buena fe la libertad de su cosa, de manos de un tercero á quien hubiese tenido por usufructuario, y hubiese disfrutado de ella bajo este título. Fuera de estos dos casos la extincion del usufructo por diez ó veinte años no tendria ninguna aplicacion posible. Sólo le quedaria al propietario que hubiese gozado de su fundo como libre, la prescripcion de treinta años contra la accion del usufructuario (1). Este sistema, desechado por nosotros en cuanto á las servidumbres prediales, le desechamos tambien en cuanto al usufructo. La constitucion 13, en el Cod., lib. 3, tít. 34, prueba que Justiniano ha establecido absolutamente el mismo derecho para el usufructo y para las servidumbres prediales ; que para el uno y las otras constituye la prescripcion de diez ó veinte años de no uso, y no la de treinta años. «*Ei decenii vel viginti annis annorum dedimus spatium*», dice positivamente hablando del usufructo de las cosas inmuebles; lo que hemos dicho de las servidumbres prediales debe entenderse del usufructo.

Es notable, relativamente á la pequeña disminucion de cabeza y al no uso, que estos medios sólo destruian el usufructo cuyo derecho se habia ya adquirido. Si, pues, el legatario experimentaba la pequeña disminucion de cabeza ántes de la adicion de la herencia ó del vencimiento del legado, no por eso dejaba de adquirir el derecho de usufructo cuando éste vencia. Esto dió orígen entre los romanos al legado de usufructo para cada año, para cada mes ó para cada dia (*in singulos annos, vel menses, vel dies*). Un legado de esta naturaleza no constituia un derecho único de usufructo, sino otros tantos derechos distintos, de los que cada uno empezaba cada año, cada mes, cada dia, de manera que el no uso no podia ocasionar la pérdida de estos derechos, y la disminucion de cabeza no podia extinguir sino el usufructo del año, del mes ó del dia empezado (2).

(1) Cod. 7. 39. 3.
(2) D. 7. 4. 1. §§ 1 y sig. f. Ulp.—Ibid. 28. f. Paul.

Si domino cedatur. Este pasaje está sacado de Gayo (1), pero está mutilado. En los comentarios de este jurisconsulto se trataba de la *in jure cessio.* Siendo esta cesion una vindicacion simulada, seguida de la declaracion de que el usufructo pertenecia al vindicante, no podia ser hecha regularmente, sino por el propietario á aquel á quien queria dar el usufructo, ó por el usufructuario al propietario á quien queria dar el usufructo. Hecha esta cesion por el usufructuario á un tercero, hubiera sido absolutamente nula, sin efectos (*nihil agit*), á lo ménos en sentir de Gayo, porque siendo el usufructo un derecho inherente á la persona, no podia ser vindicado por otra cabeza y declararse que le pertenecia (2). En tiempo de Justiniano la cesion *in jure* ya no existia; y la frase de Gayo, inserta aquí sin fundamento, sólo debe tomarse en el sentido de que el usufructuario no puede transferir él mismo su derecho á otro, aunque sí pueda ceder el ejercicio de este derecho.

Consumptæ fuerint. No es necesario, para que se extinga el usufructo, que la cosa haya perecido completamente; basta que ni sea ya lo que ántes era, que haya sido destruido lo que constituia lo principal, lo esencial en su manera de ser. Esto es lo que da á entender Justiniano cuando dice que finaliza con la sustancia de la cosa (*cum rei substantia expirare*), y por esto tambien dice Paulo *rei mutatione* (3). Así es que ni el edificio destruido, ni el suelo, ni las ruinas, están sometidas al usufructo, y no renace el derecho como en las servidumbres prediales, despues de la reconstruccion. En el rebaño reducido á una sola cabeza se extingue el usufructo, porque ya no hay rebaño; en el caballo muerto, el usufructo no se extiende al pellejo, etc. (4).

Hay ademas algunos otros casos de extincion, como el término ó la condicion, cuando el usufructo no estaba establecido sino hasta cierto tiempo, ó con una cierta condicion.

De todos estos modos de extincion, sólo la muerte ó las dismi-

---

(1) Gayo, 2. § 30.

(2) Sin embargo, resultaria de un fragmento de Pomponio (D. 23. 3. 66), que la opinion de Gayo no era la única admitida entre los jurisconsultos romanos. Segun Pomponio, la *in jure cessio* no podria sin duda transferir el usufructo á un tercero vindicante, pero el usufructuario no podria ya pretenderla, puesto que no ha probado que este usufructo fuese de otro; el usufructo se extinguirá, pues, y volverá á la propiedad. Véanse ideas análogas en lo que dice el mismo Gayo de la cesion *in jure* de una herencia (Gayo 2. §§ 35 y 36). Véase tambien á Mr. Pellat, *De la propiedad y del usufructo*, p. 99.

(3) Cod. 3. 33. 16. § 2.—Paul. Sent. 3. 6. § 31.

(4) D. 7. 4. 12. f. Ulp., 30. f. Gay. y 31. f. Pomp.

nuciones de cabeza del usufructuario, el término ó la condicion, son aplicables al usufructo de las cosas de consumo.

IV. Cum autem finitus fuerit *totus ususfructus*, revertitur ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

4. Cuando el usufructo se extingue *en totalidad*, se reune á la propiedad, y el mero propietario tiene desde aquel momento un pleno poder sobre la cosa.

Totus ususfructus. No siendo el usufructo indivisible como las servidumbres prediales, podria extinguirse en parte, y entónces sólo la parte extinguida se reuniria á la propiedad. Esto sucederia, por ejemplo, si un testador hubiese legado á *Ticio* el usufructo de la mitad de una casa, y á *Seyo* el usufructo de la otra mitad. Pero si el testador hubiese legado á la vez á *Ticio* y á *Seyo* el usufructo de toda la casa, ó separadamente á *Ticio* el usufructo de toda la casa, y á *Seyo* el usufructo de la misma, en tal caso, muerto el testador, y habiendo sido distribuido el usufructo entre los dos legatarios, si uno de ellos moria, su parte no volveria á la propiedad, pero se agregaria por derecho de acrecion á la del colegatario que habia sobrevivido. Este derecho de acrecion, muy importante en los legados, tiene de particular en el usufructo, que produce su efecto áun despues de cumplido el legado de usufructo y el ejercicio de este derecho (1).

TITULUS V.

DE USU ET HABITATIONE.

TÍTULO V.

DEL USO Y DE LA HABITACION (2).

Seguirémos aquí la teoría completa de M. Thibaut y de M. Ducaurroy.—El uso puede estar separado de los frutos, y entónces se le llama *nudus usus* : « *Constituitur etiam nudus usus, id est, sine fructu* » (3). En este caso el usuario tiene el derecho de usar, pero no de percibir los fructos : « *Uti potest, frui non potest* » (4). Dejamos indicado la diferencia que hay entre estos dos derechos. El usuario tiene todo el uso, porque este hecho está se-

(1) V. en el Dig. lib. 7, el tit. 2, consagrado á este asunto : *de usufructu adcrescendo.*

(2) El sistema de nuestro derecho frances en este punto se diferencia enteramente del de los romanos.

(3) D. 7. 8. 1. f. Gay.

(4) Ibid. 2. f. Ulp. Este derecho es *jus rebus alienis salva earum substantia utendi sed non fruendi.*

parado para él de la propiedad, y está tambien considerado como indivisible por los romanos y no puede adquirirse ó perderse parcialmente (1). Sería, por consiguiente, un gran error creer que el usuario no tiene derecho al uso sino por efecto de sus necesidades; no está obligado á dejar á aquel á quien pertenecen los frutos sino lo que es indispensable para hacer nacer y recolectar estos frutos. Pero el usuario no puede tomar absolutamente ningun producto de la cosa, ni fruto natural ni fruto civil. Así, pues, no puede ni vender á otro el ejercicio de su derecho, porque el precio que sacase sería un producto, un fruto civil. Tal era el derecho estricto. Sin embargo, la interpretacion de los jurisconsultos ha introducido sucesivamente algunas modificaciones. Así es que unas veces porque el solo uso de la cosa no procuraba ninguna ventaja, otras porque las voluntades de los testadores deben ser interpretadas favorablemente, la jurisprudencia ha concedido al usuario algunos frutos, y este derecho excepcional ha sido limitado á las necesidades diarias. Algunas veces se le ha dejado hasta la facultad de arrendar; pero todas estas concesiones no deben tomarse por regla general, de la cual sólo son excepciones. El texto nos ofrecerá la aplicacion de todos estos principios.

Iisdem illis modis quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.

Se acostumbra establecer el mero uso por los mismos medios que el usufructo, y se extingue por las mismas causas.

I. Minus autem juris est in usu quam in usufructu. Namque is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quas opera rustica fiunt impedimento. Nec ulli alii jus quod habet aut locare, aut vendere, *aut gratis concedere* potest: cum is qui usumfructum habet possit hæc omnia facere.

1. Pero hay ménos derecho en el uso que en el usufructo, porque el que tiene el mero uso de un fundo sólo tiene el derecho de coger de él las legumbres, los frutos, las flores, el forraje, la paja y leña para su uso diario. Puede tambien vivir en el fundo, con tal que no perjudique al propietario y que no le ponga obstáculos á los trabajos de la agricultura. Por lo demas no puede alquilar, vender ó ceder gratuitamente su derecho á nadie, aunque el usufructuario pueda hacerlo.

Este párrafo es relativo al uso de un fundo rural. Lo que el

(1) Ib. 19. Paul.

usuario tiene en este caso de la naturaleza del *jus utendi* es la facultad de habitar, de pasearse, de trasladarse al fundo (*deambulandi et gestandi*); de usar él solo de la habitacion por entero, ya sea ésta una simple casa de campo, ya una quinta de recreo (*villæ prætorii*); de servirse de las bodegas de vino ó de aceite; y en fin, de impedir al propietario y á sus dependientes el que vayan al fundo, no siendo para las labores del cultivo (1). Pero estos derechos de uso tienen realmente poca importancia en lo tocante al fundo; por esta razon los jurisconsultos habian concedido por extension al usuario algunos frutos para su uso diario. Pero no todos estaban de acuerdo en esto: unos concedian y otros negaban ciertos productos, como la paja, el aceite, el trigo; unos querian que el usuario no pudiese consumir estos frutos sino en los mismos lugares, y otros le permitian conducirlos á la ciudad. Todas éstas son concesiones que, segun dice Ulpiano, deben arreglarse á la cantidad de productos que da el fundo (*si abundent in fundo*) y á la dignidad del usuario (*pro dignitate ejus cui relictus est usus*).

Aut gratis concedere. El usufructuario tiene derecho á todo el uso y á todos los frutos; poco importa al propietario que sea uno ú otro el que los tome, pues puede ceder á otro el ejercicio de su derecho. El usuario tiene igualmente derecho á todo el uso. ¿Por qué no le ha de ser permitido hacer que otro lo aproveche? Porque el arrendar y vender los beneficios del uso ya no sería *usar*, sino sacar de la cosa un producto civil. Era tambien preciso prohibir la cesion gratuita, que hubiera sido un medio de burlar la prohibicion; y por otra parte, el placer de dar es tambien un producto para el donador, es el equivalente, la representacion del precio de la cosa dada. Hé aquí por qué en el derecho romano, aunque el uso comprenda todos los servicios, debe ser exclusivamente ejercido por el usuario (2).

II. Item, is qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur ut ipse tantum habitet: nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur ut hospitem ei recipere liceat, et cum uxore liberisque suis, item liberitis, nec non

2. El que tiene el uso de una casa, no tiene más que el derecho de habitarla él mismo, sin poder transferir este derecho á otro. Y sólo tiene permiso para recibir en ella un huésped, habitarla con su mujer, sus hijos, sus criados y las demas per-

(1) D. 7. 8. 10. § 4; 12. p. § 1. f. Ulp.

(2) Segun el derecho frances, siendo el uso el derecho de tomar los frutos para las necesidades diarias, y variando éstas con las personas, esta razon impide ceder el ejercicio del derecho.

aliis liberis personis quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habeat; et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertinet, cum marito ei habitare liceat.

sonas libres afectas á su servicio, lo mismo que sus esclavos; ó con su marido si es mujer la que tiene el uso de la casa.

Por poco numerosa que sea la familia del usuario, el propietario no puede ocupar la más pequeña parte de la casa, porque el usuario tiene el *jus utendi* en su totalidad (1). Pero éste debe usarlo por sí mismo: el texto nos indica las concesiones que le han sido hechas bajo este aspecto. Vemos ademas en el Digesto que si habitando la casa recibiese en ella un locatorio, no deberia concedérsele este producto (2).

III. Item, is ad quem servi usus pertinet, ipse tantum operibus et ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento.

3. Del mismo modo, el que tiene el uso de un esclavo, sólo tiene el derecho de usar él mismo de sus trabajos y servicios; pero de ninguna manera le es permitido transferir este derecho á otro. Lo mismo se verifica relativamente á los animales de carga.

El uso de un esclavo, de una acémila, siendo bastante ventajoso por sí mismo, no ha recibido este derecho ninguna extension extraña. Por lo demas, el jefe de familia se reputa que usa la cosa por sí mismo cuando la emplea para su mujer ó para sus hijos, porque el uso de todas las cosas es comun entre marido y mujer (3).

IV. Sed et si pecorum veluti ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

4. Si se ha legado el uso de un rebaño menor, por ejemplo, de carneros, el usuario no cogerá ni leche, ni lana, ni corderos, porque éstos son frutos. Pero podrá servirse del rebaño para estercolar su campo.

Tal es el riguroso derecho. Pero este uso de un rebaño es casi nulo: por esto nos dice Ulpiano en el Digesto que cree que el usuario podrá coger un poco de leche, porque aquí se trata de un legado, y la voluntad del difunto no debe recibir una interpretacion tan rígida (4).

---

(1) D. 7. 8. 22. § 1. f. Pomp.

(2) *Et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum* (D. 7. 8. 4. f. Ulpiano).

(3) D. 7. 8. 9. f. Paul.; 12. § 5. f. Ulp.

(4) *Hoc amplius, etiam modico lacte usurum puto; neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum* (Ibid. § 2).

Hay casos en que el legado de uso se asemeja enteramente al legado de usufructo. Tal es, por una decision de Adriano, el legado de uso sobre un bosque de maderas de córte, porque sin esta interpretacion tal uso sería inútil (1). Tal es tambien el legado de uso sobre las cosas de consumo (2).

El uso, los frutos y la mera propiedad pueden separarse y pertenecer á tres personas diferentes : «*Poterit autem apud alium esse usus apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas*» (3). En este caso el usuario tomará en general todo el uso, todos los servicios, y ademas los frutos que se le conceden por extension; el que tenga los frutos tomará todos los frutos, hecha la deduccion de los que se conceden al usuario; tendrá derecho tambien al uso necesario para cultivar y recolectar; todos los derechos restantes serán del mero propietario (4).

V. Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quam habitationen habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

5. Si por medio de legados ó por otro cualquier modo se ha dado á alguno la habitacion, esto no es ni uso, ni usufructo, sino un derecho enteramente particular. Aquellos á quienes pertenece el derecho citado, segun una decision conforme al parecer de Marcelo que hemos publicado con miras de utilidad, han recibido de nosotros la facultad, no sólo de habitar ellos mismos, sino tambien de arrendar á otros.

Sólo las nociones históricas pueden explicar la diferencia de la *habitacion* al uso y al usufructo. La habitacion no se colocaba al principio en el número de las servidumbres personales ; sólo se conocian como tales, relativamente á una casa, el uso ó el usufructo. Pero si un testador lega la habitacion, ¿qué contendrá este legado? Hay en este punto grandes controversias : segun unos, la casa misma, la habitacion ha sido legada en propiedad (5) : segun otros, únicamente la facultad de habitar; pero ¿por cuánto tiempo? Tambien sobre esto hay discordancia: segun unos, por un año; porque no se ha querido aposentar al legatario por un solo

(1) Ibid. 22. f. Pomp.
(2) D. 7. 5. 5. § 2. f. Ulp.
(3) D. 7. 8. 14. § 3. f. Ulp.
(4) *Si alii usus, alii fructus ejusdem rei legitur: id percipiet fructuarius quod usuario supererit. Nec minus et ipse fruendi causa et usum habebit* (D. 7. 1. 42. f. Florent.).
(5) Cod. 3. 33. 13.

dia ni por toda su vida; segun otros, por toda su vida (1). Este parecer ha obtenido la victoria. Esto supuesto, ¿qué beneficio proporcionará este legado de habitacion? ¿Será como el uso, el de ocupar la casa con su familia, ó como el usufructo, el de alquilarla? Acerca de esto se repiten igualmente encontradas opiniones; la mayoría, sin embargo, prohibia la facultad de arrendar. Pero la habitacion así arreglada y asimilada en cuanto á sus efectos con el uso (*effectu quidem*), no estaba enteramente asimilada en cuanto á su naturaleza. La habitacion no constituia una verdadera servidumbre personal; no era, propiamente hablando, un derecho único, una desmembracion del dominio, sino sólo un hecho, una ventaja diaria abierta y adquirida dia por dia al legatario: «*Tale legatum in facto potius quam in jure consistit*» (2). Por lo tanto, no podia destruirse nunca por el no uso ó por la pequeña disminucion de cabeza (3). Tal era su naturaleza en tiempo de Justiniano, que la considera como una servidumbre particular y que en sus efectos la asemeja al usufructo, concediendo el derecho de arrendar.

De los trabajos de los esclavos.

El legado de los trabajos de un esclavo (*operarum servi*) constituia, ménos que la habitacion, una verdadera servidumbre personal. Tal legado daba al legatario el derecho de aprovecharse del servicio y del trabajo del esclavo, y áun de alquilarlo, en cuyo efecto se asemejaba al usufructo. Pero este derecho, del mismo modo que la habitacion, era una ventaja cotidiana adquirida dia por dia, que no se extinguia ni por la pequeña disminucion de cabeza, ni por el no uso. Ademas, y esto acaba de separarla completamente de las servidumbres personales, la muerte del legatario no la extinguia, pues pasaba á los herederos que de él gozaban, tanto cuanto duraba la vida del esclavo. Si alguno adquiria este esclavo por usucapion, se acababa el derecho á su trabajo (4). Justiniano ha dedicado á esta materia un título del Digesto, entre el usufructo y el uso, poniendo así en cierto modo este derecho en

(1) D. 7. 8. 10. § 3. f. Ulp.
(2) D. 4. 5. 10. f. Modest.
(3) D. 7. 8. 10. princ. f. Ulp.
(4) D. 7. 7. 5. Terent.—33. 2. 2. f. Papin.

el número de las servidumbres personales, de que tanto se diferencia por su naturaleza.

VI. Hæc de servitutibus, et usufructu, et usu, et habitatione dixisse sufficit. De hereditatibus autem et obligationibus, suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res acquiruntur, modo videamus quibus modis legitimo et civili jure adquiruntur.

6. No hablaremos más de las servidumbres, del usufructo, del uso y la habitacion. En cuanto á las herencias y á las obligaciones, tratarémos de ellas en sus respectivos lugares. Sumariamente hemos expuesto los modos de adquirir que son del derecho de gentes. Veamos ahora los que proceden del derecho civil.

Este párrafo nos demuestra la marcha bastante irregular de las Institutas. Despues de haber tratado de la division de las cosas, se ha pasado á los modos naturales de adquirirlas; despues se ha vuelto á la division de las cosas en corpóreas é incorpóreas, y despues de haber tratado de las servidumbres, dejando por el momento las herencias y obligaciones, se vuelve á los modos de adquirir, á fin de exponer los que son de derecho civil.

ACCIONES RELATIVAS Á LAS SERVIDUMBRES.

No siendo las servidumbres, que son cosas incorpóreas, susceptibles de verdadera posesion, no podian los interdictos generales acordados por los pretores para proteger la posesion, aplicarse rigurosamente al caso de la servidumbre. Sin embargo, habiéndose admitido respecto de ella una especie de posesion, se debieron igualmente admitir, como nos dice Javoleno, interdictos en cierto modo posesorios (*interdicta veluti possessoria*) (1). Así los interdictos generales *uti possidetis* y *utrubi*, dados para mantener la posesion, el primero respecto de los inmuebles, y el segundo respecto de los muebles; y el interdicto *unde vi*, dado para hacerla restituir cuando ha sido arrebatada por la violencia, fueron aplicables á las servidumbres, tanto personales cuanto reales, no directamente, porque no era éste el caso preciso de tales interdictos, sino *útilmente*, por extension y por miras de utilidad, experimentando por otra parte en la fórmula las modificaciones requeridas por la naturaleza particular de estos derechos. Esto es lo que nos dan á conocer positivamente respecto del usufructo los fragmentos

(1) Dig. 8. 1. 20. f. Javol.

del Vaticano, que contienen algunas de estas modificaciones formularias (1). Ademas, ántes probablemente de la extension útil de los interdictos generales, se habian introducido por el pretor muchos interdictos especiales, con el objeto de proteger particularmente la cuasi-posesion de ciertas servidumbres rurales, más antiguas y más importantes en la economía social de los romanos. Tales eran: el interdicto de *itinere actuque privato*, relativo al derecho de camino ó de conduccion; de *aqua quotidiana et æstiva*, para tomar agua, y de *fonte*, para el derecho de sacar agua y de beber el ganado. Estos interdictos tenian por objeto mantener en el disfrute á los que durante el año habian usado de estos derechos *nec vi, nec clam, nec precario* (2). Otros se expidieron, oponiéndose á que se impidiese al que gozaba de la servidumbre practicar los trabajos necesarios á su ejercicio, como el interdicto *de ripis* para la separacion de los conductos por donde caminaba el agua, y el *de cloacis*, para la de los albañales (3).

En cuanto á la vindicacion de las servidumbres, ya prediales, ya personales, habia entre los romanos dos acciones: la accion confesoria y la accion negatoria (*actio in rem confessoria; actio in rem negatoria*). La primera se daba al propietario de la servidumbre contra aquel que disputaba su derecho, ó que á él ponia algun obstáculo, para sostener que la servidumbre era suya. No se trataba aquí de fallar acerca del hecho, ni acerca de la servidumbre, sino acerca del mismo derecho. El demandante podia intentar esta accion, áun cuando se hallase casi en posesion de la servidumbre, por la circunstancia sólo de que se quisiese turbarlo en el ejercicio de ella.—La accion negatoria se daba al propietario del fundo ó de la cosa, contra aquel que queria tomar en ella ó que en efecto tomaba un derecho de servidumbre, para sostener que no tenía tal derecho y que la cosa era libre de tal servidumbre. Es preciso tener cuidado de no considerar esta accion como defensa contra la accion confesoria: la accion es un medio de ataque, y no de defensa. Aquí es el mismo propietario el que ataca; su accion es real, porque vindica la cosa, ó más bien vindica la servidumbre, la fraccion de dominio que se quiere quitarle, sosteniendo que no hay derecho para ello, y por consiguiente, que dicha fraccion es

(1) Vatic. J. R. Frag. §§ 90 á 93.—Dig. 43. 16. 3. §§ 13 y sig. 43. 17. 4. f. Ulp.
(2) D. 43. tít. 19. 20 y 22.
(3) Ibid. 21 y 23.

suya. Esta accion tiene de particular, lo mismo que la accion confesoria, que aunque sea real puede intentarse por aquel mismo que se halla en posesion, desde que se trata de amenazar su propiedad (1).

Podia haber tambien en ciertos casos acciones personales (*in personam*) relativamente á servidumbres, como, por ejemplo, si una servidumbre se hubiese prometido en un pacto inserto no en la tradicion, sino en un acto de venta (*actio empti* ó *venditi*), ó bien si habia sido prometida por estipulacion con cláusula penal (*actio ex estipulatii*) (2).

Derechos reales distintos de la propiedad y de la servidumbre.

Ademas de la propiedad y de las diferentes servidumbres, cuya existencia alcanza hasta los antiguos tiempos del derecho civil romano, se han producido posteriormente en la progresion histórica de las Instituciones otros tres derecho reales, que son fracciones ó modificaciones notables de la propiedad, y que deben mencionarse en este lugar para completar la enumeracion de los derechos reales que en cuanto á los bienes pueden tenerse.

Estos tres derechos reales son: el derecho de enfitéusis (*jus emphiteuticarium* ó simplemente *enfitéusis*); el derecho de superficie (*jus superficiarum* ó solamente *superficies*), y el derecho de prenda ó hipoteca (*pignus* ó *hypotheca*). — El primero pertenece al derecho civil, en el cual ha tenido orígen poco á poco de un modo indirecto por asimilacion con instituciones ya establecidas, y del cual no se ha separado terminantemente, y con un carácter suyo propio, hasta los tiempos del *Bajo Imperio*, poco ántes del de Justiniano. Los otros dos son de creacion pretoriana.

Por causas sin duda de este orígen tardío ó extraño al derecho civil, no se hallan estas especies de derechos reales en los escritos de la jurisprudencia romana bajo el mismo nivel que la propiedad y la servidumbre. La Instituta de Justiniano, guardando un com-

---

(1) Esta circunstancia de que la accion *in rem* puede intentarse áun por el poseedor, es absolutamente particular, y exige explicaciones, que darémos en adelante. Acerca de estas acciones, véase Inst. 4. 6. § 2, y D. 7. 6.—8. 5.

(2) D. 8. 2. 35. f. Marcian.

pleto silencio sobre el derecho pretoriano de superficie, sólo trata del derecho de enfitéusis con ocasion del contrato por el cual se conviene en su constitucion (véase en adelante, lib. 3, tít. 24, § 3), y del derecho de prenda ó hipoteca con ocasion de la accion á que da orígen este derecho (véase más adelante, lib. 4, tít. 6, § 7). Allí será donde, siguiendo el órden del texto á que debemos conformarnos, tratarémos de todo esto circunstanciadamente, contentándonos por ahora con dar aquí de ello una idea general.

La enfitéusis, considerada independientemente de las convenciones que la dirigen, de las obligaciones que la acompañan, y únicamente como derecho real, es una desmembracion particular del derecho de propiedad, más extensa aún que la del usufructo, que sólo se aplicó á los inmuebles, al principio á los bienes rurales solamente, y despues áun á los edificios. Se llama enfiteuta (*emphyteuta*, á veces *emphyteuticarius*, y en otro tiempo *conductor*) el que tiene esta desmembracion; y *prædium emphyteuticarium*, y en otro tiempo *ager vectigalis*, el inmueble que es objeto de ella: aquel á quien queda lo demas del derecho de propiedad conserva el título de propietario (*dominus*).

El enfiteuta tiene no sólo, como el usufructuario, el derecho de sacar todos los servicios y todos los frutos del inmueble, sino que ademas es poseedor; los frutos le pertenecen por sola su separacion del suelo; puede disponer de la sustancia de la cosa, y hacer en ella todas las modificaciones que le acomoden, con tal que no la perjudiquen. Puede enajenar su derecho y transferirlo á otro, ya en vida suya, ya tambien á su fallecimiento, siempre bajo ciertas reservas y ciertas condiciones concedidas al propietario. En fin, este derecho no se extingue, como el del usufructo, con el enfiteuta, sino que pasa por herencia á sus sucesores testamentarios ó *abintestato*.

El derecho de enfitéusis se produce constantemente con diferentes obligaciones personales al enfiteuta, de las que es la principal la de pagar al propietario, en épocas periódicas determinadas, una cierta renta llamada *pensio* ó *cánon;* no sólo se debe esta renta al *dueño*, como pago de la obligacion personal del enfiteuta, sino tambien como consecuencia del derecho real de propiedad que ha conservado sobre el inmueble.

El derecho de enfitéusis se presenta de hecho entre los romanos como establecido usualmente en ejecucion de una convencion par-

ticular que los antiguos jurisconsultos consideraban, los unos como una venta, los otros como un arrendamiento; pero al que el emperador Zenon ha dado una existencia, un nombre (*emphyteusis*), y una accion (*emphyteuticaria actio*), exclusivamente propias. Pero es preciso tener en cuenta que este contrato no tiene más efecto que el ordinario en los contratos, es decir, el de obligar á las partes; no produce el derecho real de enfitéusis: para que exista este derecho real es preciso que lo haya tenido por cuasi-tradicion.

Una vez establecido el derecho real de enfitéusis, aunque el enfiteuta no sea propietario, se le conceden para la proteccion de este derecho, pero sólo con la calificacion de acciones útiles, las acciones atribuidas ordinariamente á los propietarios (*utilis vindicatio, utilis publiciana, utilis confesoria vel negatoria*, etc.) (1).

El derecho de superficie (*jus superficiarum* ó solamente *superficies*) es un derecho real análogo al que tiene el enfiteuta sobre el fundo enfitéutico, pero que sólo tiene por objeto la superficie de un terreno (*superficies*), es decir, toda construccion fabricada sobre el suelo. El superficiario (*superficiarius*) tiene tambien, pero sólo en lo tocante á la superficie, una gran desmembracion de la propiedad, y para este objeto se le conceden, como al enfiteuta, bajo la calificacion de acciones útiles, las mismas acciones que á un propietario.—Esta concesion puede serle hecha gratuitamente ó á título oneroso, con cargo para él de pagar un precio alzado, ó una renta periódica (*solarium pensio*). No hay para semejantes convenciones contrato particular, sino únicamente las formas ordinarias de los contratos; y obsérvese con atencion que el contrato en este caso, como en la enfitéusis, sólo tiene su efecto ordinario, es decir, el de producir obligaciones entre las partes. Respecto de la constitucion del derecho real es preciso que vaya seguido de la cuasi-tradicion. Este derecho, y la proteccion que le ha sido concedida, no pertenecen al derecho civil, sino que son de orígen pretoriano (2).

El derecho de prenda ó de hipoteca (*pignus* ó *hypotheca*), considerado, no bajo el punto de vista del contrato ó de la convencion que lo constituye, sino sólo como derecho real, es un derecho por el cual una cosa está afecta por seguridad al pago de una deuda.—

(1) V., sobre esto: Dig. 6. 3. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.*—Cod. 4. 66. *De jure emphiteutico.*—Nov. 7. c. 3, y nov. 120.

(2) V. el Dig. 43. 8. *De superficiebus.*

Este derecho puede tener por objeto tanto las cosas muebles como las inmuebles, las cosas incorpóreas como las corpóreas.

Las ventajas que confiere al acreedor por prenda ó hipotecario son: 1.° El derecho de hacer vender la cosa para ser pagado con el precio (*jus vendendi seu distrahendi*). 2.° El derecho de ser pagado con el precio con preferencia á los demas acreedores. 3.° El derecho de repetir contra terceros detentadores, para garantía y ejercicio de los derechos que preceden. Entre diferentes hipotecas, el derecho de preferencia se determina por la fecha de su establecimiento; el primero en fecha es el primero en categoría: «*potior tempore, potior jure.*» Hay, sin embargo, algunas hipotecas á las que por excepcion y prescindiendo de su fecha, se ha concedido un derecho especial de preferencia, que ocupa lugar no segun la época de su establecimiento, sino segun el grado de favor de que gozan, y que son preferidas á las hipotecas establecidas ántes de ellas. Los modernos han dado á las hipotecas que gozan de esta preferencia el título de hipotecas *privilegiadas*, ó el nombre de *privilegios;* denominaciones que los romanos no emplearon en este sentido técnico y especial.

Aunque bajo el aspecto del contrato ó de la convencion que sirven para constituir el derecho hipotecario, se distingue la prenda (*pignus*) de la hipoteca (*hypotheca*), y que se reserva especialmente la primera denominacion para el caso en que la cosa obligada al pago de la deuda fuese entregada al acreedor, miéntras que la segunda se usa más comunmente en el caso en que no ha tenido lugar dicha entrega; sin embargo, en cuanto al derecho real que resulta, las dos expresiones son absolutamente sinónimas, y bajo este aspecto puede decirse que es verdad lo que dice el jurisconsulto Marciano: «*Inter pignus autem et hipothecam tantum nominis sonus differt.*»

Este derecho real, que por su orígen y sancion es absolutamente pretoriano, tiene la particularidad bien notable de que la sola convencion, sin ninguna tradicion ni cuasi-tradicion, basta para constituirlo en calidad de derecho real.

El acreedor hipotecario tiene, para reclamar el ejercicio de su derecho de cualquier detentador de la cosa hipotecada, una accion real pretoriana llamada *quasi-serviana*, y á veces tambien *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*, *persecutio hypothecaria*, *pignoratitia in rem*, ó simplemente *pignoratitia actio*, bien que este último

nombre se haya especialmente reservado á la accion personal que tiene por objeto la reclamacion de las obligaciones nacidas del contrato de prenda (1).

TITULUS VI.	TÍTULO VI.
DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS POSSESSIONIBUS.	DE LAS USUCAPIONES Y DE LAS POSESIONES DE LARGO TIEMPO.

El texto pasa aquí á los medios de adquirir segun el derecho civil, y luégo examina aquellos por cuyo medio se adquieren objetos particulares.

La usucapion se hallaba en el primitivo derecho en el número de los medios civiles de adquirir el dominio romano. La hemos dado á conocer suficientemente, para no necesitar ya volver á insistir en lo mismo. Sólo recordarémos que tenía dos efectos principales : el de dar el dominio de una cosa que de buena fe se habia recibido de alguno que no era propietario de ella, y el de dar el dominio de una cosa que, siendo *res mancipi* y habiendo sido dada por la sola tradicion, únicamente habia entrado *in bonis*.

Al suelo provincial (á excepcion de los territorios que por favor especial habian obtenido el *jus italicum*), no participando del derecho privado, ni siendo capaz de propiedad privada, pues se hallaba reputado como perteneciente al pueblo ó á César, no podia aplicársele la usucapion. No era posible hacerse propietario por la posesion de un terreno, que en todo rigor no era susceptible de propiedad. En estas circunstancias, los pretores por medio de sus edictos provinciales introdujeron para aquellos inmuebles, y los emperadores confirmaron en sus constituciones (2), no un medio de adquirir por la posesion, sino lo que se llamó una prescripcion de largo tiempo (*præscriptio longi temporis*), concedida al cabo de diez años de posesion entre presentes y veinte entre ausentes.

Notables diferencias distinguian la usucapion de la prescripcion: 1.° La usucapion era un medio de adquirir el dominio (*capio usu*, adquisicion por uso, es decir, por la posesion); por consiguiente, al cabo del tiempo fijado, que era un año para los muebles y dos para los inmuebles, se hacía uno propietario, y tenía el derecho de

(1) V. más adelante, lib. 4. tít. § 7.
(2) Dig. 18. 1. 76. f. Ulp.

vindicar la cosa de cualquier poseedor. La prescripcion, por el contrario, no era un medio de adquirir, sino sólo un medio de oponerse á la accion del propietario (1). Si este último vindicaba su cosa en el plazo determinado, era preciso restituírsela; pero si transcurria aquel plazo, se rechazaba su accion por la prescripcion. Así es que esta *prescripcion* casi producia el mismo efecto que una *excepcion:* posteriormente se convirtió aquélla en excepcion, y vemos que los jurisconsultos Paulo, Ulpiano y otros usan indistintamente estas dos palabras en la misma materia (2). Se deduce de aquí que el que tenía la posesion de largo tiempo, no podia, segun el derecho civil, intentar la accion por vindicacion; sin embargo, obtenia del derecho honorario una accion pretoriana (3).—2.° La usucapion daba el dominio de la cosa con las cargas con que estaba gravada. Si un acreedor tenía sobre ella un derecho de prenda ó

(1) En todo rigor no habia propietario, porque se trataba del suelo provincial; pero sabemos que las posesiones provinciales, sin ser una verdadera propiedad, se hallaban protegidas de un modo casi semejante. (Véase la *Generalizacion del Derecho romano*, núms. 41 y 44.)

(2) Ha habido al principio una diferencia entre las prescripciones y las excepciones. La palabra prescripcion, que hoy usamos, tanto como medio de adquirir, cuanto como medio de quedar libre, se halla tan distante de su primera significacion, que acerca de este punto no serán inútiles algunas explicaciones. Se llamaban *prescripciones* (por *præ* y *scribere*) ciertas restricciones puestas al principio de la fórmula dirigida al juez por el pretor. Estas prescripciones se ponian á solicitud del demandante ó del defensor. Las que ponia el demandante, tenian por objeto restringir su demanda á las solas cosas que tenia actualmente el derecho de demandar, y de indicar al juez que no debia ocuparse de las demas. Por ejemplo, cuando sólo una parte de la deuda habia vencido, la prescripcion estaba concebida en estos términos: *ea res agatur, cujus rei dies fuit;* y luégo seguia el resto de la fórmula. Las prescripciones puestas á solicitud del defensor tenian por objeto indicar al juez ciertos casos, en los que ni áun debia examinar el negocio; Gayo nos ofrece un ejemplo de esto: tal debia ser la prescripcion de la posesion de largo tiempo. Cuando el propietario vindicaba su cosa, la fórmula de la accion debia llevar con corta diferencia esta prescripcion: *ea res agatur, cujus non est possessio longi temporis.* Habia, pues, entre una *prescripcion* y una *excepcion* puestas por el defensor, la diferencia de que la prescripcion, si el caso en que se fundaba era verdadero, dispensaba hasta de ocuparse del negocio, al paso que la excepcion exigia que se le examinase, puesto que era preciso ver, por ejemplo, si habia engaño, violencia, pacto posterior, etc.; una se ponia al principio y la otra al fin de la fórmula. Posteriormente y ya en tiempo de Gayo, las prescripciones puestas por el defensor se convirtieron en una especie de excepciones, y no se insertaron en la fórmula sino con el carácter de tales. (Véase acerca de todas estas nociones á Gayo, que nos las ha dado á conocer, comm. 4, §§ 130 y siguientes.) Andando el tiempo, pero segun todas las probabilidades, áun ántes de la supresion de las fórmulas, las prescripciones puestas por el demandante fueron suprimidas á su vez, y dieron lugar á excepciones contra el demandante, cuando éste demandaba lo qué áun no se debia, ó no habia vencido su plazo. Por esto desde entónces las palabras *prescripciones* y *excepciones* se hallan enteramente confundidas; y ésta es la razon de encontrarse en el Código indicadas como sinónimas en un título: *De exceptionibus seu præscriptionibus.* (Dig. 44. 1.—Cod. 8. 36.)

(3) No creo que se pueda deducir positivamente este hecho del fragmento del Digesto (8. 6. 10), en que se trata de la larga posesion absolutamente particular de las servidumbres; pero no por esto deja de ser cierto. Justiniano nos lo dice positivamente (Cod. 7. 39. 8). El poseedor tenia ademas, ántes que espirase el tiempo prescrito, la accion *publiciana*, especie de vindicacion pretoriana.

de hipoteca, lo conservaba despues de la usucapion (1). La prescripcion, al contrario, podia ser opuesta, no sólo al propietario, sino tambien al que teniendo un derecho sobre la cosa, como un derecho de prenda ó de hipoteca, no lo habia ejercido (2).—3.º La usucapion no era interrumpida por la accion del propieterio, de manera que si terminaba durante el proceso, ántes de la sentencia, se adquiria el dominio, y esto porque la usucapion era la adquisicion por el uso, y el uso habia continuado hasta el dia de la sentencia (3). Siendo la prescripcion, por el contrario, un medio que se oponia á la accion, se hallaba interrumpido si en el momento del procedimiento en que debió haber sido opuesta, el defensor no tenía todavía el tiempo de posesion exigido para constituir esta prescripcion (4).

En la época de Justiniano, todo el territorio del imperio participa del mismo derecho; ya no hay diferencia entre el suelo itálico y el suelo provincial. Las diferencias entre la usucapion y la prescripcion no pueden existir por consiguiente.—Justiniano confunde y modifica la una por la otra estas dos instituciones, dando caractéres de la una y de la otra al nuevo derecho que forma. Pasemos á examinar estas alteraciones.

Jure civili constitutum fuerat ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit: is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in italico solo, usucaperet, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat,

Segun el derecho civil, si por efecto de una venta, de una donacion ó de cualquiera otra justa causa, habia recibido alguno de buena fe alguna cosa de manos de una persona que creia propietaria de ella, pero que no lo era, debia adquirir dicha cosa por el uso de un año en todos los países, si era mueble, y de dos, pero sólo en el suelo de Italia, si era inmueble, y esto porque el dominio no quedase en la incertidumbre. Así

(1) D. 41. 3. 44. § 5. f. Papin.

(2) D. 44. 3. 12. f. Paul.—Tocante á las servidumbres del usufructo, etc., como estos derechos se perdian por el no uso, si el que los tenía descuidaba usar de ellos, quedaban perdidos para él; si, al contrario, continuaba gozándolos, los conservaba, ya se tratase para el poseedor de usucapion, ya de prescripcion.

(3) D. 41. 4. 2. § 1. f. Paul.—Ibid. 2. f. Marcel.—6. 1. 17. f. Ulp., y 18. f. Gayo.—Teófilo, paraf. lib. 3. tit. 18. § 1.—Dig. 4. 6. 23. § 4.

(4) Cod. 7. 33. 10 Diocl. y Max. No se interrumpia la prescripcion por la citacion, por el llamamiento *in jure*, sino sólo por lo que se denominaba *litis contestatio;* de manera que si en el momento de esta contestacion habian vencido los diez ó los veinte años, aunque no hubiesen aún vencido en el momento en que tenia lugar la citacion *in jure*, podia oponerse la prescripcion. Lo que en mi concepto es una prueba cierta de que la *litis contestatio* era aquella parte del procedimiento en la que delante del pretor (*in jure*), conforme á los debates entre los abogados proponiendo sus demandas, prescripciones y sus excepciones, la fórmula se fijaba y expedia por el pretor.

putantibus antiquioribus dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora; nobis melior sententia resedit, ne domini maturios suis rebus defraudentur, neque certe loco beneficium hoc concludatur, et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est, inter præsentes, decennio; inter absentes, viginti annis usucapiantur; et his modis, non solum in Italia, sed etiam in omni terra quæ nostro imperio gubernatur dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

lo habia dispuesto la antigüedad, creyendo que estos plazos bastaban á los dueños para averiguar sus propiedades. Por lo relativo á nosotros, adoptando como un parecer más sabio que no se debe despojar con demasiada prontitud á los propietarios, ni encerrar este beneficio en una sola localidad, hemos promulgado sobre este particular una constitucion que manda que las cosas muebles sean adquiridas por el uso de tres años, y las inmuebles por la posesion de largo tiempo; es decir, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y que estos medios de adquirir el dominio por la posesion, fundada en una causa justa, tenga aplicacion, no sólo en Italia, sino en todos los países de nuestro imperio.

De estos cambios resulta que ni la antigua usucapion ni la prescripcion pretoriana se conservan, propiamente hablando, en tiempo de Justiniano. Sin embargo, se aplica en su sistema la palabra usucapion á la adquisicion de las cosas muebles, y la de prescripcion á la de las inmuebles (1); respecto de nosotros, algunas veces ocurrirá que emplearémos indistintamente una ú otra, y áun más generalmente el término general de adquisicion por la posesion. Pasemos al exámen de las cosas capaces de ser adquiridas por este medio.

I. Sed aliquando; etiam si maxime quis bona fide rem possiderit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel *servum fugitivum* possideat.

1. Algunas veces, sin embargo, aunque se posea con entera buena fe, no se puede por ningun tiempo de posesion adquirir la propiedad. Éste es el caso en que se posea un hombre libre, una cosa sagrada ó religiosa, ó *un esclavo fugitivo*.

Servum fugitivum. El esclavo fugitivo no puede ser adquirido por la posesion, porque se considera como si se hubiese robado á su dueño: *sui furtum facere intelligitur* (2).

II. Furtivæ quoque res, et quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint,

2. Las cosas robadas ú ocupadas por medios violentos no pueden ser adquiridas por el uso áun cuando

(1) Véase el § 12.
(2) D. 47. 2. 60. f. Afric.

usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex Duodecim Tabularum et *lex Atinia* inhibent usucapionem; vi possessarum, *lex Plautia et Julia.*

sean poseidas de buena fe durante todo el tiempo arriba prescrito, porque su usucapion está prohibida por la ley de las Doce Tablas y por la ley *Atinia* respecto de las cosas robadas; y por la ley *Plautia* y *Julia* respecto de las cosas ocupadas por violencia.

Lex Atinia. Ésta es un plebiscito dado en tiempo de la república en virtud de la proposicion del tribuno *Atinio Labeon* (año 557 de Roma; 197 años ántes de Jesucristo). Este plebiscito, segun los fragmentos del Digesto que hablan de él, parece que desenvolvió la disposicion de las Doce Tablas, y decidido positivamente que las cosas robadas podrian ser adquiridas por usucapion cuando volviesen á manos del propietario (1).

Lex Julia et Plautia. La ley Plautia es un plebiscito dado en vista de la proposicion del tribuno M. Plaucio al fin de la guerra social, poco tiempo ántes de la guerra civil (año 665 de Roma: 89 ántes de J. C.). En cuanto á la ley Julia, si es diversa, puede ser el plebiscito de que habla la Instituta (lib. 4, tít. 18, § 8), *lex Julia, de vi publica seu privata,* cuya fecha no se sabe á punto fijo, aunque se supone casi á mediados del reinado de Augusto (año 746 de Roma). Las disposiciones particulares de estas leyes eran necesarias, porque la ley de las Doce Tablas y la ley *Atinia* sólo habian determinado el caso de robo. Pero consistiendo éste en la sustraccion fraudulenta de la cosa de otro con intencion de aprovecharse de ella (2), y no pudiendo los inmuebles sustraerse, ni ser por consiguiente robados, era precisa una decision especial para el caso en que fuesen invadidos por la violencia.

III. Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet ut ne ipse fur quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident); sed ne nullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usuca-

3. Cuando se dice que la usucapion de las cosas robadas ú ocupadas por violencia se halla prohibida por las leyes, no quiere decir esto que el ladron ó el que posee por violencia no puedan adquirir por el uso (porque respecto de ellos hay otra razon que impide la usucapion, cual es que poseen de mala fe); pero ningun otro, aunque de buena fe haya comprado ó recibido de ellos por justa causa, tendrá el derecho de

(1) D. 41. 3. 4. § 6.—50. 16. 215. f. Paul.
(2) Inst. 4. 1. 1.

piendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendit, vel ex alia causa tradit, furtum ejus committit.

usucapion. Así respecto de las cosas muebles no sucede con frecuencia que el poseedor de buena fe pueda adquirir por la posesion, porque todas las veces que á sabiendas se ha vendido ó dado por cualquiera otra causa la cosa de otro, hay robo de ella.

El sentido perifraseado de este párrafo es el siguiente: cuando una cosa ha sido robada ú ocupada con violencia, cualesquiera que sean las manos á que pase despues, y cualquiera que sea la buena fe de los poseedores, no puede ser adquirida por usucapion. Pues respecto de las cosas muebles, como se pone en la clase de las cosas robadas las que han sido vendidas ó dadas por alguno que sabía no ser propietario de ellas, y como llegando hasta el primitivo vendedor, será raro hallar casos en que ignorase éste que la cosa no fuese suya, la usucapion no podrá casi nunca tener lugar. Sin embargo, despues de haber hecho esta objecion, el texto la resuelve en los párrafos siguientes por medio de ejemplos, en los cuales aparece como de buena fe el mismo primitivo vendedor.

IV. Sed tamen id aliquando aliter se habet: nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit: quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est: quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committit.

4. Sin embargo, otra cosa sucede en algunos casos: en efecto, si un heredero, tomando por uno de los bienes de la herencia una cosa prestada, alquilada al difunto, ó depositada en su poder, la entrega por causa de venta, de donacion ó de dote, á alguno que la recibe de buena fe, nadie duda que este último pueda adquirirla por el uso, porque dicha cosa no adolece del vicio del robo, no habiendo cometido este delito el heredero que de buena fe la ha enajenado como suya.

V. Item, si is ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens, vendiderit, aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.

5. Del mismo modo, si el usufructuario de una esclava, creyendo que adquiere el hijo que da á luz, lo vende ó hace donacion de él, no comete robo: porque nunca hay robo sin intencion de robar.

Lo que caracteriza el robo, como al mayor número de los delitos, es la intencion culpable; así el error del usufructuario, aunque sea un error de derecho insuficiente para darle ventajas que

no tiene, basta para purgar su acciom de toda criminalidad, y para impedir que pueda, por consiguiente, ser perseguido por ladron, y que la cosa sea considerada como robada.

VI. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat ut a possesore usuçapiatur.

6. Pueden ocurrir otros casos en que sin cometer robo se transfiera á uno la cosa de otro, y en que el poseedor, por consiguiente, adquiera por el uso.

Como si creyendo de buena fe ser heredero, se venden las cosas hereditarias (1); si se posee un objeto en la persuasion de que el propietario lo ha abandonado (2), etc.

VII. Quod autem ad eas res quæ solo continentur, expedius procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur, qui, quamvis ipse mala fide possidet quia intelligit se alienum fundum occupasse, tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri; quia neque furtivum neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum qui res soli possederint, principalibus constitutionibus prospicitur; ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.

7. En cuanto á los inmuebles, sucede más fácilmente que hallándose un lugar vacante, ya por ausencia ó negligencia del propietario, ya porque dicho propietario ha muerto sin sucesor, cualquiera sin violencia toma posesion de él. Aunque este poseedor sea de mala fe, pues no ignora que se ha apoderado del fundo de otro, sin embargo, si entrega el fundo á alguno que lo recibe de buena fe, este último podrá adquirir por usucapion, porque ha recibido una cosa que no era robada ni poseida por violencia. Se halla abolida en efecto la opinion de algunos antiguos que juzgaban que podia haber robo áun de fundos ó de un terreno; y en algunas constituciones imperiales se provee de remedio, á fin de que ningun poseedor de inmuebles pueda ser despojado de una posesion larga y no equívoca.

El sentido de este párrafo, largamente explicado por Teófilo, es bastante claro: procede de que los inmuebles, cualquiera que sea la mala fe del que los retiene, no se consideran nunca como robados, porque todo robo lleva consigo la idea de una sustraccion, de una traslacion de lugar. Siempre, pues, que no haya violencia respectó de un inmueble, no hay vicio que impida la usucapion de los poseedores de buena fe.

Justiniano, en una novela expedida en el año 542, modificó la

(1) D. 41. 3. 36. § 1. f. Gayo.
(2) D. 41. 7. 4. f. Paul.

regla expuesta en este lugar. En esta novela decide que si el primitivo poseedor del inmueble fuese de mala fe, el que de él adquiera de buena fe no podrá prescribir por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, á no ser en el caso en que el verdadero propietario haya guardado silencio aunque conociese bien sus derechos de propiedad y la venta de la cosa; pero si los ignorase, el que adquiera no prescribirá sino por treinta años (1).

VIII. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

8. Aun alguna vez una cosa robada ó invadida con violencia puede adquirirse por el uso; por ejemplo, si ha vuelto á poder del propietario, en cuyo caso, purgado el vicio, puede tener lugar la usucapion.

Esta disposicion, como ya hemos dicho, parece haber sido especialmente determinada por la ley *Atinia*. Una vez vuelta la cosa á poder de su dueño, queda purgado el vicio primitivo, y si ella sale de nuevo del poder de éste sin robo ni violencia, podrá ser adquirida por un poseedor de buena fe. Pero es preciso que haya vuelto á poder del verdadero propietario: así es que robada á uno que la tenga en préstamo debe volver al prestamista; es preciso ademas que su dueño la haya recobrado como una cosa que le pertenecia, porque si no sabe que era la cosa que le habia sido robada y la compra, no se juzga que ha vuelto á su poder (2). En fin, el texto por esta expresion *veluti* indica que hay otros casos en que el vicio de robo puede suponerse purgado. En efecto, lo está si el dueño, despues de cometido el robo, ha vendido la cosa al ladron ó al poseedor; ó bien si satisfecho de un modo cualquiera, ha consentido en que la cosa pasase á otras manos (3).

IX. Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit, *bonis vacantibus* fisco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius, et divi Severus et Antoninus rescripserunt.

9. Las cosas de nuestro fisco no pueden adquirirse por el uso; pero Papiniano ha escrito que si ántes de que los bienes vacantes sean denunciados al fisco recibe un comprador de buena fe alguna cosa de dichos bienes, podrá adquirirla por el uso. Y así lo deciden rescriptos de Antonino Pío, Severo y Antonino.

---

(1) Nov. 119. cap. 7. Verémos en breve que esta prescripcion de treinta años se aplica aún á cosas robadas ú ocupadas con violencia.

(2) D. 41. 3. 4. § 6 á 12. f. Paul.

(3) Ibid. §§ 13 y 14; ibid. 32. f. Pomp.

Bonis vacantibus. Se entiende por esta expresion los bienes que componen las sucesiones en que no hay heredero. Estos bienes pertenecen de pleno derecho al fisco. Pero no eran considerados como entrados en su patrimonio hasta el momento en que eran denunciados por los agentes destinados al efecto; sólo desde este momento principiaban á no ser capaces de ser adquiridos por el uso.

X. Novissime sciendum est rem talem esse debere, ut in se *non habeat vitium*, ut a bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

10. En fin, es preciso saber que la cosa no debe *llevar consigo ningun vicio*, para que el comprador de buena fe ó el que la posee por alguna justa causa pueda adquirirla por la posesion.

Non habeat vitium. La palabra *vitium* se considera en este lugar relativamente á la usucapion, y designa toda cualidad que impida á la cosa poder ser adquirida por el uso. Así no debe ser ni sagrada, ni religiosa, ni robada, ni ocupada con violencia, ni de los bienes del fisco, etc. A los objetos de que el texto hace mérito es preciso añadir, como incapaces de usucapion y de prescripcion, los inmuebles que pertenecen á las iglesias (1); los bienes de los pupilos ó áun de menores de veinticinco años (2); los bienes dotales, en que no puede verificarse prescripcion, aunque continúe corriendo si ha principiado ántes del matrimonio (3); y en general las cosas que no pueden ser enajenadas.

En cuanto á los objetos incorpóreos, ya hemos tratado la cuestion relativa á las servidumbres, y en fin, en cuanto á lo que concierne á las prescripciones con el objeto de librarse de las diferentes acciones á que puede uno hallarse sometido, es preciso cuidar de no confundirlas con la materia que ahora tratamos. Verémos en adelante (lib. 4, tít. 12) cuál ha sido sobre este punto el derecho de los romanos.

Pasemos ahora á las condiciones necesarias para que pueda verificarse la adquisicion por el uso. Estas condiciones son: la posesion fundada en una justa causa, adquirida con buena fe y continuada durante el tiempo determinado.

En cuanto á la posesion, no se trata de la que es puramente física, sino de la posesion civil, que ya hemos explicado.

(1) Nov. 111. cap. 1.
(2) D. 41. 1. 48. pr. f. Paul.—Cod. 2. 41. 5.—7. 35. 3.
(3) Dig. 23. 5. 16. f. Trif. respecto de los inmuebles.—Cod. 5. 12. 30 respecto de muebles é inmuebles.

En cuanto á la justa causa de esta posesion, resulta de lo que hemos dicho, que es preciso entender por ella un contrato ó hecho cualquiera que sea conforme al derecho (*justa*), por consecuencia de la cual ha sido recibida ó tomada la posesion con el objeto de adquirir la propiedad. Esto es lo que los textos llaman tambien alguna vez justo título (*justus titulus*), aunque esta expresion parezca más reciente (1). La posesion precedida así de una justa causa tiene por objeto producir la propiedad; pero este objeto puede no conseguirse: ya porque aquél por quien la posesion ha sido dada no era propietario, ya porque aquel á quien ha sido dada no tenía ningun derecho, ó ya, en fin, porque la cosa no era capaz, por su naturaleza, de ser adquirida por la sola posesion. En todos estos casos se aplicará la prescripcion.

Generalmente no se fija la atencion sino en el primer caso, aquel en que la cosa ha sido recibida de alguno que no era propietario de ella. Pero es preciso observar que el vicio que hace necesaria la prescripcion puede provenir, ó del que da, ó de aquel á quien se da, ó de la cosa misma.

Expone el Digesto, en una serie de títulos separados, los principales hechos que producen una justa causa de posesion: tales son aquellos en que se posee: *Pro emptore* (como comprador), por consecuencia de una venta válida en la que se haya pagado ó satisfecho al vendedor ó admitido un plazo para el pago;—*Pro donato* (como donativo), por consecuencia de una donacion, ya sea entre vivos, ya por causa de muerte;—*Pro dote* (como dote), cuando en un matrimonio se han recibido cosas en calidad de dote;—*Pro soluto*, cuando se ha recibido la cosa en pago;—*Pro derelicto*, cuando se ha apoderado alguno de una cosa abandonada: en todos estos ejemplos, si aquel por quien la cosa ha sido vendida, donada, constituida en dote, dada en pago ó abandonada, no fuese propietario, la propiedad no ha sido inmediatamente adquirida, pero hay título para prescribir (2). La usucapion se verifica por la posesion *pro legato* cuando se ha recibido la cosa por consecuencia de un legado, habiéndola legado el testador como suya cuando era de otro, ó bien hallándose revocado el legado por codicilos no conocidos, ó que un error de nombre haya hecho creer que uno

(1) D. 41. 9. 1. f. Ulp.—Cod. 3. 32. 24.—7. 33. 4. etc.
(2) D. 41. tit. 4. 6. 7. 3. f. 46. tit. 9.

era legatario cuando lo era otro (1). En estos dos últimos casos se ve que lo que impide que la propiedad sea inmediatamente adquirida es que el que recibe la cosa no tiene derecho para ello. En fin, pasando en silencio otras muchas justas causas, nos detendrémos en la posesion que se llama *pro suo* y que se verifica generalmente en todos los casos en que uno posee como propietario; así el que posee como comprador, como donatario, como legatario, etc., posee *pro suo;* pero esta denominacion se usa especialmente para designar la posesion de los frutos que se han percibido de buena fe ó la de las cosas *nullius*, como el aluvion y los animales silvestres de que uno se ha apoderado (2). Si se ha apoderado uno de buena fe, y juzgándolo silvestre, de un animal que tuviese la costumbre de ir y volver, no se ha adquirido la propiedad de él, porque la cosa no es capaz por su naturaleza de ser adquirida por la sola posesion; pero se la posee *pro suo*, y puede verificarse la usucapion. — Hay tambien una posesion *pro herede* en calidad de heredero; *pro possessore* en calidad de poseedor de bienes; pero no pueden en general servir para la usucapion; sin embargo, esta regla exige algunas distinciones, que sería prolijo explicar en este lugar.

Hay buena fe cuando el poseedor ignora completamente el vicio de su adquisicion. Pero este error sólo constituye la buena fe cuando recae sobre hechos, cuando se ignora, por ejemplo, que el vendedor no es propietario, que todavía es púbero, que el legado ha sido revocado, etc.; en cuanto al error de derecho, no puede servir para la usucapion: como si se comprase de alguno de quien se sabía que era impúbero, creyendo que la ley le permitia enajenar (3); lo mismo sucede respecto del error craso, ó del que sólo proviene de negligencia en tomar los informes necesarios (4). — Sólo se exige la buena fe en el momento en que principia la posesion, porque sólo desde este momento podria uno hacerse propietario de la cosa, si no hubiese existido el vicio que se ignoraba (5). Sin embargo, por una excepcion absolutamente especial,

---

(1) D. 41. 8. 4. f. Paul.

(2) Dig. 41. 10.—Véase la numeracion de todas estas causas de posesion. D. 41. 2. 3. § 21. f. Paul.

(3) *Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat.* (D. 22. 6. 4. f. Pomp.)—41. 3. 31. pr.—41. 4. 2. § 15. f. Paul.

(4) D. 22. 6. 6. f. Ulp. y 9. § 2. f. Paul.

(5) D. 41. 3. 15. § 3; 43. pr.; 48. § 1.—Cod. 7. 31.

que quizá provenia de algun recuerdo de las antiguas ventas *per mancipationem*, se requeria para la venta que hubiese buena fe en el momento de la compra y en el de la tradicion (1). Pero no era en ningun caso necesario, como para la adquisicion de los frutos, que continuase la buena fe despues de tomar por primera vez posesion (2); en efecto no se podia racionalmente, sobre todo en las adquisiciones á título oneroso, acusar al que adquiria, de conservar la cosa miéntras que no se le pedia, pues la habia recibido de buena fe y pagado su valor. El principio se aplicaba áun á las adquisiciones gratuitas (3).

Aquí se presenta una cuestion muy grave: ¿Son la justa causa y la buena fe dos condiciones distintas, y ambas indispensables? ¿O bien la justa causa sólo se exige como un medio de probar la buena fe, de tal manera que pueda realizarse la usucapion, si hay verdaderamente buena fe, aunque no exista justa causa? Esta cuestion parece haber sido fuertemente controvertida entre los romanos. El texto la resuelve en el párrafo siguiente, decidiendo que es preciso que exista siempre en realidad una justa causa.

XI. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit; veluti si quis cum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.

11. Mas el error que se apoya en una causa falsa no produce la usucapion; como si alguno posee creyendo que ha comprado ó que ha recibido en donacion, miéntras que realmente no ha habido ninguna compra ni ninguna donacion.

Muchos textos confirman positivamente esta decision (4). A pesar de esto, parece no estar admitida en la legislacion de Justiniano sino como una regla general que experimenta algunas excepciones; por ejemplo, si me habeis entregado una cosa que no era vuestra, creyendo que me la debiais, y yo la he recibido creyéndola vuestra y que me la debiais, siendo así que en realidad no me la debiais, la causa en virtud de la cual se hizo la tradicion es falsa; sin embargo, si mi error tenía excusa, adquiriria por usuca-

(1) D. 41. 3. 48.— 41. 4. 2. pr. Véase 41. 3. 10
(2) D. 41. 1. 48. § 1. f. Paul.
(3) Justiniano nos lo dice en el Cod. 7. 31. 1; podria creerse, sin embargo, que es una innovacion suya.
(4) D. 41. 3. 27.—41. 4. 2. § 6.—41. 6. 1. *prin.*—41. 7. 6.

pion (1); lo mismo sucede si poseo una cosa creyendo que ha sido comprada por mi procurador (2).

Respecto del tiempo (fijado por Justiniano : para las cosas muebles en tres años; para las inmuebles en diez años entre presentes y veinte entre ausentes), bastará decir que se cuenta por dias, y no por horas (3); que la prescripcion corre entre presentes cuando el poseedor y el propietario tienen su domicilio en la misma provincia, sin tener en cuenta el lugar en que se encuentre la cosa, porque para intentar las acciones es indiferente el lugar en el derecho romano; que si el poseedor y el propietario no están ambos domiciliados en la misma provincia, la prescripcion corre entre ausentes (4); que si ha habido parte de ausencia y parte de presencia, es preciso contar dos dias de ausencia como equivalentes á un dia de presencia (5). No queda, pues, por examinar sobre este asunto con el texto, sino en qué casos se puede unir á su tiempo de posesion el del anterior poseedor.

XII. Diutina possessio quæ prodesse cœperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat prædium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio *similiter in usucapionibus* observari constituit ut tempora continuentur.

12. La larga posesion que habia empezado á contarse desde la defuncion, se continúa en el heredero y en el poseedor de los bienes, áun cuando supiesen que la cosa inmueble pertenecia á otro. Pero cuando en el principio el difunto hubiese tenido mala fe, la posesion no sirve de nada al heredero ni al poseedor de los bienes, aunque sean de buena fe. Esto es lo que nuestra constitucion ordena *respecto de la usucapion*, en que la posesion debe tambien continuar.

Este párrafo es relativo á los sucesores universales, que, tanto por el derecho civil como por el derecho pretoriano, han recibido la universalidad de los bienes del difunto como continuadores de su persona. Estos sucesores que poseen *pro herede*, *pro possessore*, la masa universal que les ha correspondido, no tenian cada objeto particular de esta masa en virtud de una causa nueva que les die-

(1) 41. 3. 48.—41. 4. 2. pr. f. Paul.—41, 10. 3.—Es cierto que en este caso no sólo hay la creencia, sino tambien la apariencia de una justa causa.

(2) D. 41. 4. 11. f. Afric.

(3) D. 41. 3. 6 y 7. f. Ulp.

(4) En la antigua jurisprudencia se habian suscitado dificultades en este punto; éstas son las dificultades que Justiniano quiso desvanecer en la const. 12. en el Cod. lib. 7. tit. 33.

(5) Nov. 119. cap. 8.

se personalmente derecho á la prescripcion, sino que continuando la personalidad del difunto, estaban precisados, en lo que concierne á la herencia civil ó pretoriana, á hacer todos los contratos ó todos los actos del difunto: no eran más que los continuadores de la posesion de éste; si el difunto poseia *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, poseian bajo el mismo título; si éste era de buena ó mala fe en el principio, su posesion tiene un orígen justo ó vicioso; en consecuencia, prescriben ó no, sea la que quiera su opinion personal; puesto que relativamente á la buena fe sólo es preciso considerar el orígen de la posesion. En este sentido se dice que la posesion *pro herede*, *pro possessore*, no puede en lo tocante á los objetos particulares servir de fundamento á la usucapion (1).

Similiter in usucapionibus. Este pasaje, lo mismo que el párrafo de Teófilo, podria hacer creer tambien que antiguamente en la usucapion de los muebles no se continuaba por medio del heredero la posesion del difunto, y que Justiniano fué el primero que lo mandó de este modo. Tal es la opinion de algunos autores; Cujacio opina que el pasaje está fuera de su lugar; pero puede explicarse, como lo hizo Vinnio, diciendo que Justiniano y Teófilo hablan de la nueva usucapion introducida por el emperador, que tiene lugar por tres años de uso.

XIII. Inter venditorem quoque et emptorem cojungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt.

13. Entre el que vende y el que compra es necesario tambien añadir las dos posesiones, segun un rescripto de Severo y de Antonino.

Aquí se trata de los sucesores particulares que han recibido por venta, donacion, legado, etc., uno ó muchos objetos hasta de las universalidades, pero sin continuar la personalidad de su predecesor. Un sucesor de esta naturaleza empieza por sí mismo una nueva posesion, fundada en una nueva causa, *pro emptore*, *pro donato*, etc.; si personalmente es de buena ó de mala fe, su posesion es justa ó viciosa en su principio, y en consecuencia prescribe ó no, cualquiera que sea por otra parte la opinion de su autor, es decir, de aquel de quien tiene la cosa. Pero si siendo ambos de buena fe, cada uno ha prescrito por sí mismo, el tiempo del primero debe reunirse al del segundo, y así sucesivamente (*cojungi tempora*). Tal es la disposicion del rescripto de los emperadores.

---

(1) *Hoc et in bonorum possessione, et in fidei-commissariis, quibus ex Trebeliano restituitur, cæterisque prætoriis sucessoribus observatum est.* (D. 41. 4. 2. § 19.)

La prescripcion en tiempo de Justiniano toma, en cuanto á sus efectos, el carácter de usucapion. Trátese de cosas muebles ó de inmuebles, el poseedor despues del tiempo determinado se hace propietario : no sólo puede rechazar por medio de la prescripcion al antiguo dueño que reclama la cosa, sino que tiene ademas la accion en vindicacion contra todo poseedor (1). Respecto de los derechos de servidumbres, de usufructo, de prenda, se extinguen si las personas á quienes pertenecen estos derechos, no habiéndolos ejercido, han dejado poseer la cosa como si fuera libre (2).

Llegamos á los medios por los cuales se interrumpe la usucapion ó la prescripcion; esta interrupcion se llama entre los romanos usurpacion, *usurpatio est usucapionis interruptio* (3). Tiene lugar naturalmente cuando por cualquiera causa el que poseia pierde la posesion; por ejemplo, cuando se le expulsa con violencia del inmueble, ó cuando le roban la cosa mueble, ora sea por el propietario, ora por algun otro (4); del mismo modo, cuando el terreno sufre una inundacion del mar ó de un rio público que cambien de cauce (5) ; ó bien cuando el poseedor cae en poder del enemigo, porque, aunque sus derechos estén suspendidos, y deban serle restituidos á su regreso, por efecto del *postliminium*, esta suspension, como hemos dicho, no se aplica á las cosas que consisten en hechos, y en este caso está la posesion (6). Tambien es una interrupcion muy notable la que se verifica cuando el verdadero propietario retiene la cosa por un derecho cualquiera ; por ejemplo, porque la ha comprado, recibido en prenda ó en arrendamiento (7). En todos los casos la interrupcion hace inútil la posesion anterior, que ya no debe contarse áun cuando ocurriese una nueva posesion (8). En cuanto á la interrupcion de derecho llamado civil, adopta Justiniano la regla observada en otro tiempo para la prescripcion; la adquisicion por posesion, ya en los muebles, ya en los inmuebles, será interrumpida por la accion del verdadero propietario; y esto se entiende desde el instante en que se entable

(1) Cod. 7. 39. 8. *princip.*

(2) Cod. 7. 36. 1 y 2. Esto resulta en las servidumbres, el usufructo, el uso, etc., de que estos derechos se pierden por el no uso en un tiempo igual al de la prescripcion.

(3) D. 2. 41. 3. 2. f. Paul.

(4) Ibid. 5. f. Gayo.

(5) Dig. 41. 2. 3. § 17. f. Paul.

(6) D. 49. 15. 12. § 2. f. Triph.

(7) D. 41. 3. 21. f. Javol.—13. 7. 29. f. Juli.

(8) 41. 3. 15. § 2. f. Paul.—41. 4. 7. § 4. f. Juli.

el litigio, y no desde lo que se llamaba *litis contestatio*, porque, á decir verdad, no existia ya esta *contestatio* en los procedimientos del tiempo de Justiniano (1).

Existen tambien algunas otras prescripciones, como la que se llama *longissimi temporis præscriptio*, que se verifica á veces por treinta años, como, por ejemplo, cuando el poseedor posee sin justa causa, ó cuando la cosa es un objeto robado ó de que uno se ha apoderado por violencia, etc.; á veces por cuarenta años, como, por ejemplo, cuando se trata de bienes eclesiásticos. Estas prescripciones, que por su naturaleza y segun su orígen eran únicamente medios de oponerse á ciertas acciones, llegaron á ser en tiempo de Justiniano y en los en que tenian lugar, verdaderos medios de adquirir, á los que puede aplicarse lo que acabamos de decir acerca de los efectos é interrupcion de las prescripciones (2).

El párrafo siguiente nos ofrece ejemplos de prescripciones particulares, introducidas por privilegio del fisco.

XIV. Edicto divi Marci, cavetur eum qui á fisco rem alienam emit si post venditionem quinquennium preterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis, bene propexit iis qui a fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum, aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securit statim fiant, et victores existant, sive experiantur, sive conveniantur. Adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat intendere iis qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverum sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis qui a nostra vel venerabilis Augustæ domo aliquid accepe-

14. Un edicto del divino Marco Aurelio da á aquel que hubiese comprado del fisco una cosa perteneciente á otro, el derecho de rechazar por excepcion al propietario de dicha cosa, si han transcurrido cinco años despues de la venta (3); pero una constitucion de Zenon, de gloriosa memoria, asegura completamente á los que reciban alguna cosa del fisco, ya por venta, ya por donácion, ó ya por cualquier otro título: ordena que desde el instante tenga una plena seguridad, ya que obtengan causa ganada, ya ataquen, ya se defiendan. En cuanto á los que crean tener alguna accion por derechos de propiedad ó de hipoteca sobre estas cosas, se les conceden cuatro años para intentarla contra el sacro tesoro. Una constitucion imperial, que últimamente hemos promulgado, extiende á los que hubiesen recibido alguna cosa de nuestra

(1) Cod. 7. 33. 10.—Véase tambien (Cod. 7. 40. 2.) el medio que Justiniano da de interrumpir la prescripcion, cuando el poseedor se halla ausente, presentando un memorial (*libellum*) al presidente, ó en su defecto, al obispo ó al defensor de la ciudad, etc.

(2) C. 7. 39. De præscriptione XXX vel XL annorum.

(3) Cod. 2. 37. 3. El edicto de Marco Aurelio era sobre todo útil en el caso en que no pudiese continuar la usucapion; por ejemplo, cuando hubiese buena fe, ó cuando se tratase de inmuebles provinciales. Este edicto exceptuaba de sus disposiciones los bienes de menores de veinticinco años.

rint, hæc statuit quæ in fiscalibus alienationibus præfata Zenoniana constitutione continentur.

casa, ó de la emperatriz, las disposiciones de la constitucion de Zenon sobre enajenaciones del fisco (1).

DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LA USUCAPION Y Á LA PRESCRIPCION.

Respecto de la usucapion y de la prescripcion, existian, ya miéntras corrian, ya despues que habian sido completamente adquiridas, interdictos, acciones ó excepciones segun las circunstancias.—Miéntras que corrian, como se hallaban fundadas en una posesion legal, todos los interdictos destinados á proteger esta posesion les eran aplicables. Pero si por algun accidente perdia el poseedor la posesion ántes que la usucapion ó la prescripcion fuesen consumadas, entónces, segun el derecho estricto, no siendo ya poseedor, no tenía tampoco interdictos, y no siendo tampoco propietario, no tenía accion en vindicacion: su pérdida era irreparable. En este caso, un pretor llamado Publicio introdujo en su favor una accion honoraria, que se llamó accion publiciana (*publiciana in rem actio*), con cuyo auxilio pudiese reclamar la cosa como si ya la hubiese adquirido por el uso. Esta accion, que correspondia al número de las acciones ficticias, es decir, fundadas sobre una hipoteca ficticia, y acerca de la cual darémos largas explicaciones, sólo se daba al que despues de haber recibido la posesion de buena fe y por justa causa la hubiese perdido despues. No podia, en general, intentarse útilmente ni contra el verdadero propietario, ni contra el poseedor que tuviese derecho á la usucapion ó á la prescripcion (2). Despues de transcurrido absolutamente el tiempo de la usucapion, el poseedor, hecho propietario, se hallaba á cubierto de toda reclamacion del antiguo propietario, y tenía, ya la vindicacion para reclamar su cosa de cualquier poseedor, ya por punto general todas las acciones destinadas á proteger la propiedad.

(1) V. en el Cod. el tit. destinado á esta materia, lib. 7. tit. 37. *De quadriennii præscriptione.*

(2) Inst. 4. 6. § 4.—Encontramos en el Digesto los términos del edicto: «*Si quis id quod traditur* (traditum est) *ex justa causa, non a domino* (estas tres últimas palabras se intercalaron probablemente en tiempo de Justiniano), *et nondum usucaptum petet, judicium dabo.*» (Dig. 6. 2. 1.) Esta accion duraba tanto cuanto la verdadera vindicacion, y ofrecia en cierto sentido una ventaja más, pues no habia la obligacion de justificar el derecho de sus autores; así se intentaba frecuentemente por los verdaderos propietarios, en lugar de la vindicacion.



TITULUS VII.

DE DONATIONIBUS.

Est et aliud genus adquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera : mortis causa, et non mortis causa.

TÍTULO VII.

DE LAS DONACIONES.

Hay otro género de adquisicion, cual es la donacion, que se distingue en dos especies : la donacion por causa de muerte, y la que no se hace con este motivo.

En una cita de Paulo, que se halla en el Digesto, se encuentra la etimología de la palabra donacion : «*Donatio dicta est á dono, quasi dono datum*» (1) ; y los fragmentos del Vaticano acerca del derecho romano contienen muchas veces estas expresiones : *dono res data est; dono dedit; dono dedisti*, para expresar que se ha hecho una donacion (2).

Estas dos palabras, *dono*, *dare*, tienen cada una un sentido riguroso y de derecho. La segunda, *dare*, indica que la cosa se transfiere en propiedad (3), y la primera, *dono*, que esto se hace gratuitamente y por pura liberalidad.

Pero es preciso distinguir en este lugar el derecho primitivo y y originario del nuevo derecho. En el primero, la palabra *donatio* lleva forzosamente consigo la idea de que ha habido *dacion* de la cosa, es decir, traslacion de la propiedad. La ley, de acuerdo con la lengua, no reconoce otra donacion. No es un contrato, ni una obligacion entre partes, sino un hecho realizado y consumado.

Por lo demas, esta *datio*, esta traslacion de propiedad, se verificaba, no de un modo particular, sino como en todos los demas casos; la única diferencia consistia en que el motivo que la determinaba era la liberalidad, *dono datio*.

En esta legislacion primitiva se decia con verdad que la donacion era siempre una adquisicion, no de una especie particular, sino fundada en un motivo particular. Las reglas del derecho experimentaron despues notables alteraciones, y ya verémos, al explicar los párrafos siguientes, hasta qué punto puede decirse que la donacion es un medio de adquirir.

(1) Dig. 39. 6. 35. § 1.

(2) Frag. del Vatic. *De donationibus ad legem Cinciam;* §§ 275. 281 y 283.

(3) Es menester no confundir *dare* con *tradere: tradere* es entregar en posesion, y *dare* es transferir en propiedad; lo que es diferente, aunque lo uno conduzca naturalmente á lo otro.

De las donaciones por causa de muerte.

I. Mortis causa donatio est, quæ *propter mortis fit suspicionem*, cum quis ita donat ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accipit; sin autem supervixisset, is qui donavit reciperet; vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is qui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia: nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obstinere oporteret, et utriusque causæ quædam habeat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est ut *per omnia fere legatis connumeretur*, et sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa, mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donat; magisque eum qui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo.

1. La donacion por causa de muerte es la que se hace *previendo la muerte*, cuando alguno hace donacion de tal modo que si sucumbe en el peligro, la cosa se hace del donatario; mas si sobrevive, vuelve, al contrario, al donante, lo mismo que si revoca la donacion, ó si el donatario muere ántes que él. Estas donaciones se han reducido á una completa semejanza con los legados. En efecto, como hubiese parecido dudosa á los prudentes si debian asemejarse á una donacion ó á un legado, pues tienen caractéres de la una y del otro, y como las opiniones se hallasen divididas acerca de esta clasificacion, hemos decidido por una constitucion que sean *contados casi en todo en el número de los legados*, y que deban seguir las formas trazadas en nuestra constitucion. En suma, hay donacion por causa de muerte cuando el donante quiere que la cosa sea suya con preferencia al donatario, y de éste con preferencia á su heredero; en esta forma, segun Homero, Telámaco hace donacion á Pireo.

Ηείραὶ, οὐ γὰρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα
Eἴκεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες, πατρώια πάντω δάσονται,
Αὐτὸν ἔχοντα σε βοῦλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύτω,
Δή τότε μοί χαίροντι φὲρειν πρὸς δώματα χαίρπν.

Pireo, áun no sabemos cómo tienen
De suceder las cosas en que andamos,
Si aquestos servidores de mi madre
Me matáran aquí dentro en mi casa
Á traicion, por cumplir su mal deseo,
Y partieran los bienes de mi padre;
En este caso quiero más que goces
De aquesos dones tú, que alguno de ellos.
Y si Dios ordenáre que yo pueda
Darles su pago y muerte merecida,
Entónces que estaré con alegría,
Me los traerás alegres y á buen tiempo.

(Traduccion de la *Odisea* por GONZALO PEREZ).

Propter mortis suspicionem. El carácter esencial de la donacion por causa de muerte no consiste sólo en que se haga previendo la muerte, sino en que se halle subordinada á la *condicion de la muerte*, segun el modo con que la explica el texto en la segunda parte de la frase, que es preciso no separar de la primera.

Así vemos en un fragmento de Marciano, que se lee en el Digesto, que si alguno, previendo su fin, hace una donacion de una cosa, aunque de un modo irrevocable, hace una verdadera donacion entre vivos, y no una donacion por causa de muerte; porque la muerte es el motivo que la determina, pero no la condicion bajo la cual se hace la donacion (*causa donandi magis est quam mortis causa donatio*) (1).

La muerte de que se trata en esta materia puede ser: ya la muerte tomada en general, de cualquier manera y en cualquier tiempo que ocurra; ya, y éste era el caso más frecuente, un modo particular de fallecimiento de que se halla amenazado el que se expone á un peligro, como en un combate, en una navegacion, ó en cualquier otro acontecimiento.

La condicion puede hallarse subordinada de dos maneras diversas á la condicion de la muerte.—Por ejemplo: «Si yo muero en el combate, ó más generalmente, si muero ántes que tú, te hago donacion de mi caballo»; la donacion por causa de muerte es la más frecuente; es verdaderamente y sin ninguna otra circunstancia extraña, donacion por causa de la muerte, que no debe producir efecto sino en la muerte, y únicamente si la muerte se verifica.—O bien de esta otra manera: «Te hago donacion de mi caballo; si no muero en el combate, tú me lo devolverás; ó más generalmente: si no muero ántes que tú, me será devuelto.» Es donacion por causa de muerte la que indica cierto texto, hecha por Telémaco á Pireo, que encontramos mencionada en algunos otros fragmentos (2). Esta donacion por causa de muerte participa más de la especie de la donacion entre vivos; pues, en efecto, la tradicion de los objetos se hace inmediatamente al donatario, y produce al instante sus efectos; la donacion se verifica como una donacion entre vivos, con la sola diferencia de que se resuelve si se verifica ántes la muerte indicada.

---

(1) Dig. 39. 6. *De mortis causa donat.* 27. f. Marcian.

(2) Todo esto se halla claramente explicado en el Digesto, 39. 6. fr. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 29 y 35. § 4.

Segun el derecho frances, diriamos que la primera de estas donaciones se hace bajo una condicion *suspensiva*, y la segunda bajo una condicion *resolutoria;* pero los jurisconsultos romanos no habian considerado las condiciones bajo este doble aspecto, y desconocian la expresion de condicion resolutoria. Decian, respecto del primer caso, que en él la donacion era condicional, debiendo existir únicamente en el tiempo de la muerte, y si ésta se verificaba. —En cuanto al segundo caso, decian que la donacion era inmediata, pura y simple, produciendo al punto sus efectos. Pero que su resolucion era condicional, subordinada á la muerte (*pura, quæ sub conditione resolvitur*) (1).

En fin, la donacion podia hallarse subordinada á la condicion de morir una tercera persona, y era todavía una condicion por causa de muerte, como, por ejemplo, si un padre hiciese donacion á su nuera para el caso en que el hijo llegase á morir ántes que ella (2).

La donacion por causa de muerte podia hacerse por todos cuantos podian hacer un testamento ó codicilo (3) á todos los que podian recibir por testamento (4), y consistiendo en cosas corpóreas ó incorpóreas, particulares ó universales (5).

La forma de las donaciones por causa de muerte habia sido arreglada por una constitucion de Justiniano, inserta en el Código (6) y á la que hace alusion nuestro texto. Esta constitucion exigia que el acto se verificase ante cinco testigos, importando poco que fuese por escrito ó verbalmente, porque no se exigia lo escrito, como tampoco la presencia de alguna persona pública, ni la formalidad de alguna insinuacion. Pero el consentimiento del donatario debia aparecer en el acto, lo mismo que el del donante.

Los efectos de la donacion por causa de muerte variaban segun la manera con que se subordinaba aquélla á la condicion de la muerte.

La verdadera donacion por causa de muerte, la que era condicional, no debiendo realizarse al tiempo de la muerte, y sólo si la

---

(1) Al ménos aplicando aquí lo que se dice en otra parte acerca de la venta: Dig. 41. 4. *pro empt.* 2. § 5. f. Paul.—18. 2. *De in diem addict.;* 2. f. Ulp.

(2) Dig. 39. 6. 11. f. Ulp. 18. f. Jul.—Cod. 8. 57. 3.

(3) Dig. 39. 6. 15. f. Jul.; véase, sin embargo, 25. f. Marcian.

(4) Id. 9. f. Paul.

(5) Id. 18. § 2. f. Jul.; 28. f. Marcel.

(6) Cod. 8. 57. 4.

muerte se verificaba, no daba desde el momento ningun derecho adquirido al donatario; pero cuando ocurria la muerte en los términos previstos, entónces por el solo efecto del derecho y sin ninguna tradicion, el donatario se hacía propietario de la cosa donada. Justo es, pues, en este caso decir que la donacion por causa de muerte es inmediatamente despues del fallecimiento, por sí misma y sin tradicion, un medio de adquirir (1).

En cuanto á la donacion que se hace inmediatamente, pero cuya resolucion es condicional y se halla subordinada al caso en que el donante sobreviva al peligro, esta donacion produce inmediatamente sus efectos. Dados los objetos al donatario, los adquiere al punto por efecto de esta tradicion : «*Ita dona ut statim fiat accipiendis*» (2).

Pero es preciso observar que en este caso es la tradicion el medio de adquirir, no siendo la liberalidad más que la causa de la tradicion, de donde se deduce que no puede decirse que esta especie de donacion por causa de muerte sea un modo de adquirir la propiedad.

Tambien conviene observar que segun los principios del primitivo derecho romano, el *dominium* ó propiedad no podia afectarse en su existencia con ninguna condicion : era uno propietario ó no lo era. Si, pues, la tradicion habia sido condicional, como, por ejemplo, en el caso en que tal acontecimiento incierto se verificase, aunque se hiciese la tradicion del objeto, ésta sólo se hacía por vía de anticipacion; miéntras que el hecho indicado no tuviese lugar, la propiedad no se transferia, y el primitivo propietario continuaba siendo siempre propietario (3).—En el sentido inverso, si la traslacion de la propiedad se verificaba inmediatamente, pero bajo la condicion de que sería resuelta en caso de tal ó cual hecho incierto, la propiedad transferida lo era pura y simplemente, no se revocaba por la sola realizacion de la condicion : el que adquiria continuaba siendo siempre propietario, y el único efecto de la condicion realizada consistia en obligar á retransferir la propiedad á aquel á quien debia volver. Era necesario un nuevo acto de traslacion de

---

(1) «*Non sic dat ut statim faciat accipiendis; sed tunc demum cum mors fuerit insecuta.*» D. 39. 6. 2. *in fin.* Fr. Ulp.

(2) Ibid.

(3) Como vemos D. 23. 3. *De jure dot.* 7. § 3. Paul. respecto de las cosas dadas en dote bajo esta condicion : «*ut tunc ejus efficiantur cum nupserit.*»

propiedad del uno al otro (1).—Aplicando estos principios á la especie de donacion por causa de muerte que examinamos, resulta de ellos que la propiedad de los objetos entregados al donatario le pertenece inmediata é irrevocablemente, de modo que si el donante sobrevive al peligro indicado, esta propiedad no vuelve á él *ipso jure;* el solo efecto de esto es darle una accion personal contra el donatario para obligarle á retransferir la propiedad.—Tales eran los principios del rigoroso derecho, pero andando el tiempo se modificaron, y ya en la época de Ulpiano se advierte esta modificacion. Vemos, en efecto, en fragmentos de este jurisconsulto que la propiedad en su tiempo se considera como resoluble bajo condicion, y que esta resolucion se verifica *ipso jure,* por solo el efecto del cumplimiento de la condicion (2); vemos lo mismo en un fragmento de Marcelo (3); y finalmente, el mismo Ulpiano lo aplica con especialidad á la donacion por causa de muerte de que hablamos, aunque presenta su decision como una innovacion capaz de ser controvertida. «*Potest defendi in rem competere donatori.*» Puede defenderse que la propiedad vuelve al donante por el mero efecto de sobrevivir, de tal manera que tiene la accion real para vindicar la cosa (4).

La donacion por causa de muerte, no sólo la que es condicional, sino tambien la que es inmediata y solamente resoluble en caso de sobrevivir el donante, no es irrevocable para este último. Se le permite siempre revocar su liberalidad, y en el caso en que las cosas han sido dadas inmediatamente, obrar para hacerse devolver la propiedad. Esta revocacion depende de sólo su cambio de voluntad, como nos lo dice el texto (*si eum donationis pœnituisset*).—Su insolvencia en el momento de su muerte sería ademas una especie de revocacion indirecta, que podria hacer rescindir la donacion (5).

Per omnia fere legatis connumeretur. La donacion por causa de muerte, como dice el texto, tiene caractéres de la donacion entre vivos, y caractéres de legado. La compararémos á la donacion

---

(1) Como lo vemos en el Cod. 4. 54. *De pactis int. empt.* 3. const. Alexand. para las cosas dadas en ejecucion de una venta resoluble bajo condicion.

(2) Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 41. pr. Ulp.

(3) Dig. 18. 2. *De in diem addic.* 4. § 3. f. Ulp.

(4) Dig. 39. 6. *De mort. caus. donat.* 29. f. Ulp.

(5) Dig. 39. 6. 17. f. Jul.—Puede verse tambien en los frag. del Vatic. el tit. *Quando donator intelligatur revocasse voluntatem,* §§ 248 á 265, que parece referirse á esta materia.

entre vivos en el párrafo siguiente; respecto de los legados, es preciso no limitarse á esta primera expresion del texto, *ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia*, pero sí al correctivo que le sigue inmediatamente, *fere per omnia*. Existen, en efecto, entre estos dos actos semejanzas y diferencias notables.

La donacion por causa de muerte, lo mismo que el legado, sólo se hace perfecta por la muerte del donante (1). Hasta este momento puede revocarse; puede hacerse á todos los que son capaces de recibir legados (2); caduca si el donante es condenado á una pena capital ó que lleva consigo disminucion de cabeza (3); transfiere la propiedad por el hecho solo de la muerte, y sin tradicion; puede rescindirse por insolvencia del donante (4); y en fin, dejando aparte otras muchas semejanzas, establece una constitucion de Severo que el heredero pueda hacer en las donaciones por causa de muerte la misma reserva que se hace en los legados, en virtud de la ley Falcidia (5).

Pero la donacion por causa de muerte, á diferencia de los legados, se hace con intervencion del donatario, siendo necesario el concurso de dos voluntades (6); comunmente va seguida de la tradicion y subordinada de una manera resolutoria á la muerte, miéntras que el legado nunca se subordina á ella sino de una manera suspensiva, y en fin, y éstas son diferencias capitales que importa bien observar, no depende, como los legados, del testamento, de donde se deduce que se realiza por el solo efecto de la muerte, sin aguardar la adicion de la herencia (7); y que permanece siempre válida aunque el testamento sea nulo, revocado, inútil, ó que el heredero rehuse la herencia. La capacidad del donatario para recibir no debe apreciarse (como en el caso del legado) en el tiempo de la disposicion, sino sólo en el de la muerte (8); y las causas de indignidad que se aplican á los legados, no se aplican igualmente á la donacion por causa de muerte (9).

---

(1) D. 39. 6. 32. f. Ulp.
(2) Ib. 9. f. Paul.
(3) Ib. 7. f. Ulp.
(4) Ib. 17. f. Jul.
(5) Cod. 8. 57. 2.
(6) D. 39. 6. 38. f. Marcel.— 24. 1. 11. § 2. f. Ulp. — 44. 7. 55. f. Javol. Sin embargo, el punto es disputado.
(7) D. 39. 6. 29. f. Ulp.
(8) Ib. 22. f. Afric.
(9) D. 34 9. 5. § 17. f. Paul.

Es preciso no confundir con la *donation* por causa de muerte la *adquisition* por causa de muerte (*mortis causa capio*). Esta última expresion es más general, y comprende, hablando en propiedad, todas las adquisiciones que se hacen por efecto de la muerte de una persona, y que ni se colocan en la clase de las donaciones, ni en la de los legados ó fideicomisos: por ejemplo, lo que el padre da á los pobres con ocasion de la muerte de su hijo, ó bien lo que el esclavo manumitido por testamento ó el legatario paga al heredero por cumplir una obligacion que el testador le impuso (1).

De las donaciones entre vivos.

II. Aliæ autem donationes sunt quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ omnino non comparantur legatis; quæ si fuerint perfectæ, temeri revocari non possunt. *Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit.* Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum robur et perfectum, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro principum dispositiones *insinuari* eas actis intervenientibus volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit; *et quasdam donationes* invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia in super multa ad uberiorem exitum donationum invenimus; quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligendas sunt. Sciendum est tamen quod etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant

2. Las otras donaciones son las que se hacen sin ninguna prevision de la muerte, y las llamamos entre vivos: en nada pueden compararse con los legados: una vez perfectas, no pueden revocarse sin motivo. *Se hacen perfectas cuando el donante ha manifestado su voluntad, ya por escrito, ya sin escrito.* Y nuestra constitucion ha querido que, á ejemplo de la venta, lleven en sí mismas la necesidad de entregar, de tal modo que, áun ántes de la tradicion, tienen un efecto plenísimo y entero, é imponen al donante la obligacion de hacer esta tradicion. Las constituciones imperiales establecian que se indicasen por actos públicos cuando excediesen de doscientos sólidos, lo que hemos hecho subir á quinientos sólidos; por manera que para esta suma no será necesaria la insinuacion. Hemos tambien designado ciertas donaciones que en manera alguna se hallan sujetas á la insinuacion, y que son enteramente válidas por sí mismas. Hay ademas otras muchas decisiones que hemos expedido para proteger el efecto de las donaciones, y que se hallarán en nuestras constituciones relativas á esta materia. Debe saberse, sin embargo, que á pesar de la irrevocabilidad de las donaciones, si los que las han recibido se hacen culpables de ingratitud, permite nuestra cons-

(1) 39. 6. 8. f. Ulp.—38. f. Marcel.

homines in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus *certis ex causis* eas revocare : ne quis suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

titucion que sean revocadas *en casos determinados*, porque no parece conveniente que los que se han desprendido liberalmente de sus bienes, se vean obligados á sufrir de parte de los donatarios injurias ó perjuicios, tales como los que indicamos en nuestra constitucion.

Perficiuntur cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Es menester aquí consignar las alteraciones que el derecho ha experimentado. Hemos dicho que la donacion no era en su orígen un contrato ni una obligacion entre partes, pues era una traslacion de la propiedad (*datio*), que tenía lugar por liberalidad (*dono*), y que se verificaba segun las reglas ordinarias; por la mancipacion ó por la cesion *in jure* para las cosas *mancipi*, y por la sola tradicion para las cosas *nec mancipi*: «*Donatio prædii quod mancipi est traditione atque mancipatione perficitur; ejus vero quod nec mancipi est, traditione sola* (1). Pero la convencion en que una persona hubiese prometido á otra, ya por escrito ó ya verbalmente, darle una cosa, no produciria ningun efecto, ni daria orígen á ningun derecho ni obligacion, ni por una parte ni por otra; sería simplemente la manifestacion de una intencion de liberalidad, pero sin ninguna consecuencia. Así nos lo dice terminantemente una constitucion del emperador Alejandro, reproducida en los fragmentos del Vaticano : «*Professio donationis apud acta factæ, cum neque mancipationem, neque traditionem subsecutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis, quam affectum rei actæ continent*» (2). Esto provenia de que no bastaba en el derecho romano, para que una convencion fuese obligatoria, que no contuviese nada imposible ni contrario á las costumbres ni á las leyes; sino de que era preciso ademas que se hallase en el número de los contratos, es decir, en el número de las convenciones previstas y sancionadas expresamente como obligatorias por el antiguo derecho civil, ó bien que fuese revestida de las fórmulas de la estipulacion. Mas la donacion no era un contrato, pues sólo era un pacto, es decir, una convencion no obligatoria por sí misma; por manera que cuando el donante queria obligarse, debia prometer la cosa con las formas solemnes de la estipulacion.

---

(1) Frag. del Vatic. *De donationibus ad legem Cinciam*, § 313.

(2) Ib. §§ 226 y sig.

La ley *Cincia*, en el año 550 de Roma, estableció para las donaciones y su forma, segun las personas y los bienes, un gran número de reglas, que sería prolijo exponer en este lugar, y que nos ha revelado el descubrimiento de los fragmentos del derecho romano en la biblioteca del Vaticano.

El uso y despues las constituciones imperiales reconocieron posteriormente como obligatorias las promesas de donacion hechas por escrito y sin estipulacion, y desde entónces la donacion entró en el número de los pactos que, aunque no obligatorios en su orígen, lo llegaron á ser posteriormente por una excepcion hecha al derecho estricto. Pueden verse en el código Teodosiano las constituciones de Constantino acerca de las formas de estos actos de donacion (1).

En fin, quiere Justiniano que el solo consentimiento por escrito ó sin escrito haga perfecta la donacion, aunque no haya habido ninguna tradicion. Pero es preciso fijar bien el sentido de la palabra *perfecta*, que no significa que la donacion transfiere de pleno derecho sin tradicion y por sí misma la propiedad al donatario, sino sólo que obliga al donante, el que puede ser obligado por una accion á que entregue la cosa. Por lo demas, sólo la tradicion hará propietario al donatario; y por consiguiente, no es exacto decir que esta donacion, convencion ó pacto obligatorio es un género de adquisicion, pues sólo es la causa de ella.

Insinuari, es decir, que el escrito que acredite la donacion debe hacerse público por medio de su insercion entre los actos de los magistrados. Las donaciones no insinuadas no eran nulas en su totalidad, sino sólo en lo que excedian en la suma prescrita.

Quasdam donationes: tales como las que se hacen por el Emperador ó al Emperador, para rescate de cautivos, ó para la reconstruccion de edificios incendiados ó derruidos.

Certis ex causis. Las causas de ingratitud enumeradas en la constitucion de Justiniano son: las injurias graves, las violencias contra la persona del donante, los perjuicios considerables ocasionados por dolo en su fortuna, el atentar contra su vida, y la inejecucion de las condiciones de la donacion. La revocacion de la liberalidad por causa de ingratitud era enteramente personal con-

(1) Cod. Teodos., lib. 8, tit. 12, const. 1. 2. 5 y 6 de Constant., y 8. § 1 de Honor. y Teod.

tra el donatario ingrato, y no podia extenderse contra sus sucesores ni contra los terceros (1).

El nacimiento de un hijo no era en el derecho romano una causa de revocacion sino para las donaciones de la totalidad ó de una parte alícuota de los bienes, hechas por un *patrono* sin hijo á su criado. Esta disposicion, introducida por Constantino (2), únicamente para los patronos que en cierto modo habian buscado un hijo en su criado, ha sido erróneamente considerada por algunos comentadores como aplicables á los demas donantes.

Puede decirse, para indicar los caractéres de diferencia y de semejanza de la donacion entre vivos y la donacion por causa de muerte, que casi todos los puntos en que la donacion por causa de muerte se diferencia de los legados, y que hemos indicado, se acercan á la donacion entre vivos; y recíprocamente, que casi todas las semejanzas que tiene con los legados, constituyen sus diferencias con la donacion entre vivos. Puede notarse ademas que la donacion por causa de muerte nunca tiene necesidad de ser insinuada, y que puede tener lugar entre marido y mujer, á diferencia de las donaciones entre vivos (3).

De las donaciones entre vivos (donatio inter virum et uxorem).

En efecto, respecto de los matrimonios en los que la mujer habia pasado *in manu viri*, no podia presentarse la hipótesis de estas donaciones; porque no pudiendo tener ni adquirir nada por sí misma la mujer, *in manu*, y residiendo toda la propiedad en el jefe de la familia, no podia suscitarse cuestion alguna acerca de donaciones entre ellos. En cuanto á los matrimonios en los que no habia tenido lugar la *manus*, cada esposo conservaba su personalidad separada, y se admitió como costumbre romana que las donaciones entre esposos no fuesen válidas: «*Moribus apud nos receptum est*, dice Ulpiano, *ne inter virum et uxorem donationes valerent*» (4). Los motivos muy racionales de esta prohibicion están expuestos por el juriconsulto, y por el extracto que hace de una proposicion del senado-consulto (*oratio*) hecha por Antonino Caracalla (5).—

(1) Cod. 8. 56. *De revocandis donationibus*, 10.
(2) Ib. 8.
(3) Dig. 39. 6. 43. f. Neratii.
(4) Dig. 24. 1. 1. f. Ulp.
(5) Ib. 3. *princ.* f. Ulp.

Es preciso distinguir sobre este asunto dos épocas diferentes : 1.ª La que precedió al senado-consulto expedido acerca de esta proposicion. 2.ª La que le siguió. — En la primera época la prohibicion era absoluta; la donacion entre esposos, cualquiera que fuese el acto mediante el cual se habia verificado, mancipacion, tradicion, estipulacion ó algun otro, era nula de derecho : «*Ipso jure nihil valet quod actum est*» (1). — Despues del senado-consulto expedido en tiempo de Antonino Caracalla, se modificó este rigor. El esposo donante podia siempre revocar su donacion; pero si hubiese muerto sin haber manifestado ninguna intencion sobre el particular, la donacion era válida. «*Fas esse, eum quidem qui donavit pœnitere; heredem vero eripere, forsitam adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse*» (2). En este caso se aplica á esta donacion lo que se dice de los legados y de los fideicomisos : « *Ut sit ambulatoria voluntas ejus, usque ad vitæ supremum exitum* (3).

Tanto en la una como en la otra de estas dos épocas, ciertas donaciones habian sido exceptuadas de la regla; y por lo tanto, eran válidas é irrevocables, áun entre esposos. Por ejemplo : las que no tenian el doble efecto de empobrecer al donante y enriquecer al donatario, como la donacion de un lugar para sepultura, de un esclavo para manumitirlo (4) : las que se hacian para llegar á una dignidad (5), para reconstruir un edificio destruido por una causa cualquiera (6), para divorciarse (7), y algunas otras.

Por lo demas, si el hombre y la mujer sólo están desposados, ó si las nupcias contraidas entre ellos se declaran nulas, no hay *vir* ni *uxor*, y la donacion sigue las reglas ordinarias (8).

De la dote y de las donaciones por causa de nupcias.

III. Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus

3. Hay otro género de donaciones entre vivos, enteramente desconocido de los antiguos prudentes, é introducido despues por emperadores

(1) Ib. 3. §§ 10 y sigs.
(2) Dig. 24. 1. 32. § 2. f. Ulp.
(3) Ib. § 3.
(4) Ib. 5. §§ 8 á 12 y 16. f. Ulp.—Paul. Sent. 2. 23. § 2.
(5) Dig. 24. 1. 40. f. Ulp.—Ulp. Reg. 7. § 1.
(6) Dig. 24. 1. 14. f. Paul.
(7) Ib. 11. § 11. f. Ulp.—12. f. Paul.—60. §§ 1. 62. f. Hermog.
(8) Dig. 24. 1. 5. pr. f. Ulp.; 27. f. Modest.; 3. § 1. f. Ulp.; 65. f. Labeon.

divis principibus introductum est: quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri, dotem et post nuptias fuerat permisum, si quid tale evenit, etiam ante nuptias donationem augeri, et constante matrimonio, sua constitutione permisit. Sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed proter nuptias vocentur; et dotibus in hoc exæquantur, ut quemad modum dotes constante matrimonio non solum augentur sed etiam fiunt; ita et istæ donationes quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur et constituantur.

posteriores. Esta donacion, que se llamaba *ante nupcias*, se hacía bajo la condicion tácita de que sólo se realizaria cuando se realizase el matrimonio. Y se llamaba ANTE *nupcias*, porque no podia verificarse sino ántes de las nupcias, y nunca despues de su celebracion. Pero como habia sido permitido aumentar la dote áun despues de contraido el matrimonio, decidió el primero Justino, nuestro padre, en una constitucion, que en este caso se podria tambien, áun durante el matrimonio, aumentar la donacion nupcial. Sin embargo, le quedaba un nombre impropio llamándolo *ante nupcias*, cuando podia recibir tal aumento despues de las nupcias. Pero queriendo completar las reglas de esta materia, y hacer que las palabras convengan con las cosas, hemos establecido que puedan estas donaciones, no sólo recibir aumento, sino tambien tener su orígen durante el matrimonio; que se las llame, no *ante nupcias*, sino *propter nupcias* (á causa de las nupcias); y que se asemejen á las dotes, en el sentido de que así como la dote puede, no sólo aumentarse, sino tambien constituirse durante el matrimonio, del mismo modo la donacion por causa de las nupcias pueda, no sólo preceder al matrimonio, sino áun aumentarse ó establecerse despues que éste haya sido contraido.

La donacion por causa de nupcias, hecha por parte del marido, se liga íntimamente á la dote que procede de parte de la mujer. Es, pues, preciso exponer los principios generales que rigen esta última, ántes de tratar de la primera.

El derecho romano define la dote: todo lo que se lleva al marido de parte de la mujer para soportar las cargas del matrimonio (*ad ferenda matrimonii onera*). La dote recibe tambien la denominacion más general de *res usoria* (cosa que procede de la mujer); expresion que se halla especialmente sancionada con el nombre de la accion en restitucion de la dote (*rei uxoriæ actio*) (1).

(1) *Vatican. J. R. Frag.* §§ 94. 102. 112.—Inst. 4. 6. § 29.—Cod. 5. 13.

El sistema del derecho romano en esta materia se ha desarrollado lentamente con el transcurso del tiempo. La dote, lo mismo que la donacion entre vivos, no se hallaba en el número de los contratos. Se efectuaba primero por la *dacion* de los objetos, hecha al marido ántes del matrimonio; es decir, por la traslacion de estos objetos á su propiedad, por medio de actos de enajenacion reconocidos en el derecho civil, tales como la mancipacion, la cesion jurídica, ó simplemente la tradicion en las cosas *nec mancipii* (1). Despues, cuando se quiso obligar á dar una dote, no dándola inmediatamente, se usaron las formalidades de la estipulacion; el marido estipulaba la dote, y el que queria obligarse á darla, prometia.

Ademas de esta forma general de obligacion, se introdujo con este objeto una forma particular y absolutamente especial, la diccion de la dote (*dictio dotis*); es decir, segun toda apariencia, la declaracion en términos solemnes de que se constituia dote sin ninguna prévia interrogacion del marido (2). Esto lo resume Ulpiano en las siguientes palabras: «*Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*» (3). Y véase por qué la dote, bajo la relacion del modo con que ha sido constituida, es ó dada (*data*), ó dicha (*dicta*), ó prometida (*promissa*). Siendo la dacion y la promision sólo formas generales del derecho civil comun, podian hacerse por cualquier ciudadano; pero siendo la diccion una forma especial y excepcional, sólo era permitida á la mujer ó á sus ascendientes paternos (4).

En último lugar, la convencion, de cualquier modo que se hubiese hecho, acabó por ser considerada como obligatoria, y en el Código hallamos una constitucion de Teodosio y Valentiniano, que consagra este principio (5).

---

(1) Gay. 2. § 63.

(2) Es una cuestion controvertida la de saber si la diccion de dote constituyó una especie de contrato particular, independiente de la necesidad ordinaria de una interrogacion y de una respuesta conformes. El pormenor de las formas de esta diccion no nos es conocido; pero su carácter especial y excepcional resulta claramente, á nuestro juicio, de los extractos de Ulpiano, que aquí citamos; y en el Digesto hallamos un gran número de fragmentos, donde indudablemente se trata de una dote constituida por diccion, y por los cuales podemos comprender que la fórmula de dicha diccion era casi la siguiente: EX TIBI DOTI ERUNT; FUNDUS SEMPRONIANUS DOTI TIBI ERIT: QUOD MIHI DEBES DOTI TIBI ERIT, etc. (Dig. 25. 3. *De jure dot.* f. 25. 41. § 1. 46. § 1. etc.)

(3) Ulp. Reg. 6. § 1.

(4) «*Dotem dicere potes mulier quæ duptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat; (item) parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.*» Ib. § 2.—Véase tambien *Vatic. J. R. Frag.* §§ 99 y 100.

(5) Cod. 5. 11. 6.

Desde entónces, la *dictio dotis* debió principiar á desaparecer, y ya en tiempo de Justiniano no se trataba de ella.

Parece que muy desde el principio se permitió, no sólo constituir la dote ántes del matrimonio, sino áun aumentarla ó establecerla durante el matrimonio; porque Teófilo en su paráfrasis de este párrafo habla con este motivo de los antiguos jurisconsultos, y vemos en efecto que existia ya esta facultad en tiempo de Paulo, que se expresa del modo siguiente : «*Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest*» (1). Sin embargo, las donaciones entre vivos se hallaban prohibidas entre los cónyuges; pero la constitucion de la dote estaba considerada como que se diferenciaba en su objeto esencialmente de una donacion ordinaria.—Por lo demas, cuando precedia al matrimonio, se reputaba hecha siempre bajo la condicion tácita de que se verificase el matrimonio : «*Sed ante nuptias data, earum expectat adventum*» (2).

La dote se hallaba de tal modo favorecida por la legislacion, sobre todo desde las leyes que expidió Augusto para multiplicar los matrimonios, que casi se hizo una cosa de interes público, como manifiesta la siguiente máxima : «*Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt*» (3). Las hijas tenian una accion para obligar á su padre ó á su abuelo paterno á que las dotase (4).

Bajo la relacion de las personas por quienes habia sido constituida, era la dote ó profecticia (*profectitia*) ó adventicia (*adventitia*). Se llamaba profecticia si procedia del padre ó del abuelo paterno, es decir, si habia sido constituida por ellos, ó por alguno en su nombre; poco importaba que se tratase de una hija que se hallase bajo la patria potestad, ó de una hija mancipada, porque en este punto no era la patria potestad lo que se habia considerado (5). Era adventicia, si procedia de cualquier otra persona, y era constituida por la mujer, ya de sus propios bienes, ya por un tercero cualquiera (6) : «*Dos aut profectitia dicitur, id est quam pater mulieris dedit; aut adventitia, id est ea quæ a quovis alio data*

(1) Paul. Sent. 2. 21. § 1.—Dig. 23. 3. 4. f. Paul.
(2) Paul. Sent. 2. 31. § 2.—Dig. 23. 3. 21. f. Ulp.
(3) Dig. 23. 3. 2. f. Ulp.
(4) Dig. 23. 2. 19. f. Marcian.
(5) Dig. 23. 3. 5. §§ 1 á 8; 11 y 12. f. Ulp.
(6) Ibid. §§ 9, 11 y 14.



est» (1). Esta distincion era importante para determinar á quién debia volver la dote si la mujer moria durante el matrimonio. La dote profecticia debia volver al padre ó al abuelo paterno que la hubiesen constituido; dándola, habian cumplido un deber y satisfecho una obligacion de paternidad; muerta su hija durante el matrimonio, recobraban estos bienes. La dote adventicia, por el contrario, quedaba en poder del marido superviviente, á ménos que la tercera persona que la hubiese constituido no hubiese estipulado que en caso de morir ántes la mujer recobraria dicha persona la dote; caso en el cual se llamaba la dote especialmente *dos receptitia* (2). Si el matrimonio se disolvia viviendo la mujer, ya por divorcio, ya de otro modo, la dote, ora fuese profecticia, ora adventicia, volvia á la mujer ó á sus herederos (3). Justiniano modificó este antiguo derecho en diversos puntos, principalmente en el sentido de que si la mujer muere durante el matrimonio, la dote adventicia, en vez de quedar en poder del marido, vuelve á los herederos de la mujer (4).

La generacion sucesiva de lo que hoy llamamos el régimen dotal es curiosa y digna de estudio. ¿Por qué gradacion, del matrimonio acompañado de la *manus* marital, en que la personalidad de la mujer queda absorbida por el marido, y en que cuanto ella tenía adquiria éste universal é irrevocablemente como jefe suyo, se llegó á pasar á un sistema en que la dote llevada por la mujer para sostener las cargas del domicilio comun se le conserva y asegura? Sería muy interesante, pero demasiado prolijo explicarlo aquí. Sea como quiera, en el primitivo derecho romano el marido se hacía dueño absoluto de la dote. Podia disponer á su antojo de los bienes que la componian, enajenar éstos, empeñarlos, hipotecarlos, sin hacer distincion entre muebles é inmuebles, porque se le daban en propiedad por los medios traslativos del dominio.—En esta propiedad del marido se introdujo una primera limitacion, cual era la obligacion que tenía de devolver los bienes dotales al tiempo de la disolucion del matrimonio; á saber, en su misma naturaleza, calidad y cantidad, ó bien en su estimacion respecto de las cosas fungibles ó apreciadas por el contrato, é idénticamente res-

(1) Ulp. Reg. 6. § 3.
(2) Ibid. §§ 4 y 5.
(3) Ibid. §§ 6 y 7.
(4) Cod. 5. 13. const. 1. §§ 6 y 13.

pecto de las demas cosas.—Pero esta obligacion de devolver en su naturaleza no se hallaba todavía sancionada por ninguna garantía precisa : siendo el marido propietario, podia siempre válidamente enajenar, pues ninguna ley le impedia el ejercicio de esta facultad, ni respecto de los muebles, ni respecto de los inmuebles. El principio de la inalienabilidad de los inmuebles dotales no existia todavía en el derecho romano.—La primera ley que principió á introducirla en parte fué el plebiscito expedido en tiempo de Augusto bajo el nombre de LEX JULIA, *de adulteriis et de fundo dotali ;* este plebiscito prohibe hipotecar el fundo total de la mujer en el territorio itálico, aunque sea con consentimiento de ella, y enajenarlo sin su consentimiento.—La cosa inmueble dotal podia enajenarse en esta época, pero se requeria el consentimiento de la mujer.—En fin, Justiniano constituye enteramente la inalienabilidad de los inmuebles dotales, áun con el consentimiento de la mujer ; estos bienes, por decirlo así, eran considerados de mano muerta durante el matrimonio ; inalienabilidad que consideramos en el dia como la esencia del régimen dotal. El antiguo principio de que el marido es el propietario de la dote subsiste siempre en el derecho ; era una verdad en el primitivo, pero bajo muchos conceptos es una falsedad en el nuevo, aunque se perpetúa en él como un escarnio (1).

Por lo que respecta á la donacion *ante nupcias*, su uso se introdujo con mucha posterioridad al de dote ; los primeros vestigios que de ella nos ofrecen las compilaciones del derecho romano se refieren á las épocas de Teodosio y Valentiniano, que hablan de ella como una institucion ya establecida (2).

Esta especie de donacion hecha por el marido á la mujer tenía siempre lugar ántes de las nupcias, pues las donaciones entre vivos estaban prohibidas entre cónyuges.

Se introdujo por semejanza y como por compensacion de la dote, y hé aquí en qué consistia esta compensacion :

Así como la mujer llevaba su dote para sufragar las cargas del matrimonio, el marido llevaba la donacion antenupcial, que estaba especialmente afecta á este uso :

Así como el fundo dotal no podia ser empeñado respecto de los acreedores, las cosas que componian la dotacion antenupcial esta-

(1) Véase sobre este punto los pormenores que damos, tít. 8.

(2) Cod. 5. 17. 8. § 4.

ban á cubierto de sus gestiones en el sentido de que durante el matrimonio, miéntras el marido estaba del todo solvente, la mujer no tenía ningun derecho que ejercer sobre las cosas dadas; pero si llegaba á estar insolvente, tenía una accion personal é hipotecaria para hacérselos entregar, y tambien una accion real para vindicar las que habian sido fraudulentamente enajenadas, y gozaba de ellas durante todo el matrimonio (1). De esta manera quedaba asegurada su suerte y la de sus hijos, tanto por la dote cuanto por la donacion antenupcial:

Así como la dote se restituia al fin del matrimonio, del mismo modo el marido recobraba en este tiempo todos sus derechos sobre los objetos que componian la donacion antenupcial;

Así como en ciertos casos la mujer incurria por castigo en la pérdida de su dote, así tambien el marido, si se hallaba en igual caso, perdia su donacion:

En fin, si los cónyuges habian convenido en que el marido, en caso de sobrevivir á su esposa, podria reservarse cierta parte de la dote, por reciprocidad la mujer tenía derecho á una ventaja igual sobre la donacion si sobrevivia á su marido. Segun una constitucion de los emperadores Leon y Antemio (año 468), debia haber en estas supervivencias una igualdad proporcional, la cuarta, la tercera parte, la mitad de la donacion (2); segun una novela de Justiniano, igualdad numérica, la misma suma para aquel que sobreviviese (3).

Por lo demas, el texto explica bastantemente cómo y por qué Justiniano permite aumentar y áun constituir esta donacion durante el matrimonio, y cómo desde este momento cambia de nombre.

IV. Erat olim et alius modus civilis adquisitionis, per jus adcrescendi, quod est tale. Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuit *vel vindicta, vel testamento;* eo casu pars ejus amittebatur, et socio adcrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem do-

4. El derecho civil reconocia en otro tiempo diferente modo de adquirir por derecho de acrecion, y es: si alguno que tiene un esclavo comun con Ticio, le da la libertad por *medio de la vindicta ó de testamento,* perdia su parte de propiedad, la que aumentaba á su co-propietario. Pero como era un ejemplo de iniquidad que el esclavo se viese burlado de

(1) Cod. 5. 12. 29.—8. 18. 12. § 2.—Novel. 109, cap. 1.—Novel. 61, cap. 1, *princ.* 1, y § 3.
(2) Cod. 5. 14. 9.
(3) Novel. 9, cap. 1.

minis damnum inferri, sævioribus autem dominis lucrum adcrescere, hoc, quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam per quam et manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur: libertate cum effectu procedente, cujus favore antiquos legislatores multas et contra commune regulas statuisse manifestum est, et eo qui eam imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente; et socio indemni conservato, pretiumque servi, secundum partem domini *quod nos definivimus*, accipiente.

esta suerte en los efectos de su manumision, y que esta manumision fuese perjudicial al dueño más humano, y ventajosa al dueño más duro, hemos puesto con nuestra constitucion un remedio paternal á un hecho tan odioso; y hemos hallado un medio que á la vez satisface al que manumite, á su copropietario, y al manumitido; la libertad, en cuyo favor los antiguos legisladores han derogado con frecuencia las leyes comunes, se adquirirá en realidad; el que la haya dado gozará al ver mantenida su libertad, y su co-propietario será indemnizado por el precio del esclavo, que le será pagado en razon de la parte que sobre él tenga, y *segun la tasacion que de él hemos hecho*.

Vindicta vel testamento. Esto no es bastante exacto; la regla á que se refiere el texto consiste en que si la manumision era tal que el manumitido hubiese debido ser solamente latino-juniano ó dediticio, no producia ningun efecto, y los dos co-propietarios guardaban cada uno su derecho; pero si era tal que hubiese debido hacer al manumitido ciudadano romano, entónces tenía lugar el aumento en beneficio del dueño que no manumitia (1).

Quod nos definivimus. Se halla esta tarifa arreglada al empleo del esclavo en una constitucion de Justiniano inserta en el Código, lib. 7, tít. 7. 1. § 5.

DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LAS DONACIONES.

En cuanto á las donaciones por causa de muerte es preciso distinguir si son condicionales para los casos de defuncion, ó inmediatas, pero resolubles, en caso de supervivencia.

Si la donacion es condicional para el caso de defuncion, hasta que se cumpla esta condicion el donante queda siendo propietario, él solo tiene la accion real en vindicacion, el donante no tiene todavía ni derecho que poder ejercitar, ni accion; esto supuesto, si la condicion de la defuncion llega á caducar, el donatario no ha tenido jamas derecho alguno; pero si, por el contrario, se cumple

(1) Ulpiani Regul., tit. 1. § 18.—Pauli Sent. lib. 4, tit. 12. § 1.

aquélla, se hace por sólo esto propietario y adquiere en consecuencia la accion en vindicacion (1).

Si la donacion es inmediata, pero resoluble en caso de supervivencia, el donatario recibe inmediatamente la cosa y se hace propietario de ella; hay, pues, accion real en vindicacion (2). Pero siendo resoluble la donacion, puede ocurrir:

1.° Que el donante se arrepienta y quiera revocar su liberalidad; en estos casos le dan los textos dos acciones, ya la *condicion*, accion personal contra el donatario para sostener que está obligado á restablecerlo en la propiedad de la cosa; ya la accion real no *directa* ó que proceda directamente del derecho, sino *útil*, concedida únicamente por equidad, por utilidad, porque, segun el derecho estricto, como dejamos explicado, la propiedad, no volviendo á él *ipso jure*, no podria tener accion real (3).

2.° Puede tambien acontecer que la condicion de supervivencia se cumpla y resuelva la donacion. En este caso el donante tiene para hacer que se le restablezca en la propiedad de la cosa (4), ó bien en el caso de que haya sido enajenada para hacerse dar el precio de ella, si lo prefiere (5), la condicion fundada en que el caso previsto para la continuacion de la donacion no tiene lugar (*condictio quasi re non secuta*).

Ademas de esta accion *in personam*, hemos dicho ya que Ulpiano la da tambien, pero como concesion favorable y capaz de ser controvertida, una accion *in rem* para vindicar la cosa, como si la propiedad hubiese recaido en él de derecho por el solo efecto de supervivencia (6). Estas acciones reales que una jurisprudencia favorable le concede contrariando los principios del derecho estricto, le son muy útiles, sobre todo contra los terceros detentadores, en cuyas manos puede tambien perseguir la cosa.

---

(1) Dig. 39. 6. 29. f. Ulp.

(2) D. 39. 6. 29. f. Ulp.

(3) Ib. 30. f. Ulp.

(4) Ib. 35. § 3. f. Paul.

(5) Ib. 37. § 1. f. Ulp.; pero si se trataba de un esclavo que despues de la donacion hubiese sido manumitido en beneficio de la libertad, se decide que sólo puede pedir el precio de ella. (Ib. 39. f. Paul.)

(6) Dig. 39. 6. 29. f. Ulp. No pudiendo por su naturaleza y por regla general acumularse la accion real y la condicion, porque las pretensiones del demandante en una y otra de estas acciones son radicalmente contradictorias entre sí, como lo harémos ver más adelante, no puede tratarse aquí sino de la accion real *útil*, ó de una disidencia entre los jurisconsultos, que en estos casos daban los unos la accion real y los otros la accion personal. La accion personal es conforme á los principios estrictos del derecho civil: la accion *in rem* sólo es una concesion posterior más favorable.

En cuanto á las donaciones entre vivos, es claro que si son seguidas de la tradicion hecha por el propietario, la propiedad es transferida y el donatario adquiere la accion real; pero puesto que estas donaciones en la legislacion de Justiniano son perfectas, independientemente de toda tradicion, en el sentido dé que obligan al donante á entregar, es preciso examinar cuáles son las acciones por medio de las que puede este último ser obligado á llenar su obligacion. Si la donacion ha sido hecha con la solemnidad de una estipulacion y de una promesa conforme, tienen lugar en este caso las acciones ordinarias que emanan de la estipulacion (*condictio certi* si la estipulacion es determinada, y *ex stipulatu* si es indeterminada). Pero si la donacion ha sido hecha por la sola conviccion, lo que formaba antiguamente un mero pacto no obligatorio, entónces se sigue la ejecucion de ella por medio de una accion personal que se aplica generalmente á los diferentes casos, en los que ha sido introducida una obligacion por medio de una nueva ley y que se llama *condictio ex lege* (1). Pero sea la que quiera la accion por la cual el donante es perseguido, no debe éste ser condenado sino hasta donde le es posible hacer (2). No responde de la eviccion á no ser que especialmente se le obligue á ella ó que haya habido fraude por su parte (3).

TITULUS VIII.	TÍTULO VIII.
QUIBUS ALIENARE LICET VEL NON.	QUIÉN PUEDE ENAJENAR Ó NO.

Despues de haber expuesto cuáles son los *medios de adquirir la propiedad*, es una deduccion natural examinar *por medio de qué personas puede sernos transferida la propiedad, y qué personas pueden adquirirla de nosotros.* Tales son los objetos de este título y del siguiente.

Por regla general, para transferir á otro la propiedad por un medio cualquiera, lo que se llama enajenar (*rem alienam facere*), es forzoso tener esta propiedad; y recíprocamente cuando se la

(1) «*Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur ex lege agendum est.*» (Dig. 13. 2. f. Paul.) — Cod. 8. 54. 35. § 5.
(2) Dig. 39. 5. 12. f. Ulp.; 32. pr. y § 3. f. Hermog.
(3) Ib. 18. § 3. f. Ulp.

tiene, cuando uno es propietario, puede enajenar. Sin embargo, verémos, segun el texto, que estas dos reglas sufren excepciones.

Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienare non possit; et contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus, invita muliere, *per legem Juliam* prohibetur alienare, *quamvis ipsius sit*, dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat quæ italicæ fuerant, et alienationes inhibebat quæ invita muliere fiebant, *hypotecas autem earum etiam volente:* utrique remedium imposuimus, ut et in eas res quæ in provinciali solo positæ sunt; interdicta fiat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum *neque consentientibus mulieribus* procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur.

Sucede algunas veces que el que es propietario de una cosa, no pueda enajenarla, y recíprocamente, que el que no es propietario de ella, pueda enajenarla. Por esto el marido no puede, *segun la ley Julia*, enajenar la cosa inmueble dotal contra la voluntad de su mujer, aunque este inmueble *le pertenece* por haberlo recibido en dote. Bajo esto punto de vista hemos introducido mejoras y corregido la ley Julia; en efecto, como esta ley no tenía aplicacion sino relativamente á los bienes de Italia, y ademas prohibia enajenar sin el consentimiento de la mujer, é *hipotecar áun con su consentimiento*, hemos determinado que la enajenacion y el empeño de los inmuebles dotales se prohiban tambien en las provincias, y que ni lo uno ni lo otro pueda verificarse *áun con el consentimiento de la mujer*, por temor de que se abuse de la fragilidad de este sexo, con perjuicio de su fortuna.

Per legem Juliam: LEGE JULIA *de adulteriis*, nos dice Paulo en sus Sentencias, «*cavetur ne dotale prædium maritus invita uxore alienet* (1). Trátase, pues, aquí del plebiscito expedido en tiempo de Augusto, y conocido con el título de LEX JULIA *de adulteriis et de fundo dotali.*

Quamvis ipsius sit..... El sistema del régimen dotal no se desarrolló en el derecho romano sino con el trascurso del tiempo, como dijimos. Al principio, las cosas llevadas en dote al marido se le entregaban con las formalidades necesarias para transferir la propiedad, y le pertenecian sin ninguna limitacion: « *Quamvis ipsi sit*, dice Gayo, *vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucuptum*» (2); palabras que los redactores de las Institutas han reemplazado con éstas, *dotis causa ei datum*, porque en esta época no existian ni la mancipacion ni la cesion *in jure*. Este derecho de propiedad se fué modificando sucesivamente; al principio, por la obligacion de devolver en especie, despues de la disolucion del

(1) Paul. Sent. lib. 2., tit. 21.
(2) Gay. Inst. comm. 2. § 63.

matrimonio, los objetos particulares que no habian sido valuados; y posteriormente, segun la ley *Julia*, como sancion de esta restitucion, mediante la prohibicion de enajenar los inmuebles dotales sin el consentimiento de la mujer. Si estos inmuebles habian sido valuados cuando se llevaron al matrimonio, y se dejó á la eleccion del marido devolver á la disolucion del mismo el precio de tales inmuebles en vez de éstos, es claro que tiene el derecho de enajenarlos (1).

Hypothecas autem etiam volente. Siendo únicamente el objeto de la ley *Julia* asegurar á la mujer la restitucion de su inmueble dotal, y no garantizar esta cosa inmueble contra la misma mujer haciéndola inalienable, esta ley permitió las enajenaciones hechas con el *consentimiento de la mujer;* pero era preciso que la mujer diese este consentimiento á sabiendas, conociendo perfectamente que se trataba de enajenacion y no de una manera indirecta, cuyas consecuencias no preveia. Esta es la razon por que el inmueble no podia ser hipotecado, áun con el consentimiento de la mujer, porque esta hipoteca podria conducirla indirectamente á una enajenacion no prevista por ella, y por otra parte, no lograba en este caso, como en el de venta, un precio cualquiera equivalente á su inmueble (2).

Neque consentientibus mulieribus. Aquí el sistema dotal cambia y se completa; no se trata ya tan sólo de asegurar contra el marido los derechos de la mujer á la restitucion de su inmueble, sino tambien de asegurar este inmueble contra la debilidad de la misma mujer, en todos los casos en que deba volver á ella ó á sus herederos, despues de la disolucion del matrimonio. En consecuencia de esto no podrá ser enajenado dicho inmueble ni áun con consentimiento de la mujer. Hé aquí por medio de qué graduacion nos vemos conducidos al principio de la inalienabilidad del fundo dotal, principio que por otra parte no se aplica á las cosas muebles.

Si contrariando la prohibicion se habia enajenado el inmueble dotal, la nulidad existiria respecto de la mujer ó de sus herederos cuando quisieran hacerse restituir la cosa inmueble.

La ley Julia, prescindiendo de una disposicion contraria y formal, debia no tener fuerza sino en el suelo de Italia, pues en la época en que fué expedida, las provincias estaban sujetas todavía

(1) Dig. 23. 5. 11. f. Afric.

(2) Véase más arriba la paráfrasis de Teófilo acerca de este párrafo.

á un régimen especial ; sin embargo, en tiempo de Gayo se disputaba ya sobre si este derecho se aplicaba á las provincias : « *Quod quidem jus utrum ad italica tantum prædia ad etiam ad provincialia pertineat dubitatur* » (1). En la época y bajo el sistema provincial de Justiniano ya no debe haber diferencia entre ellas.

I. Contra autem, creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest, sed hoc forsitam ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, ac certus modus impositus est per quem pignorum distractio possit procedere ; cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abunde provisum est.

1. Recíprocamente, puede el acreedor, segun convencion, enajenar la prenda, aunque no sea propietario de ella. Pero esta enajenacion puede ser considerada como si se verificase por la voluntad del deudor, el que, al formar el contrato, convino en que el acreedor podria vender la prenda si no le pagaba. Pero con el fin de que los acreedores no puedan sufrir obstáculos en la reclamacion de sus derechos, y que, por otro lado, los deudores no puedan aparecer despojados con ligereza de su propiedad, ha mandado nuestra constitucion, tocante á la venta de las prendas, una determinada manera de procedimiento que vigila ampliamente los intereses, tanto de los acreedores cuanto de los deudores.

Este ejemplo está sacado de Gayo, quien añade á él el del procurador y el del curador, que, segun el sentido de la ley de las Doce Tablas, puede enajenar las cosas del que está furioso (2). Lo mismo puede decirse del tutor respecto de su pupilo, haciendo observar, sin embargo, que para la enajenacion de los inmuebles rurales les era generalmente necesario el permiso del juez.

Acerca de las reglas indicadas por el texto relativamente á la prenda, no es éste lugar oportuno de dilucidarlas, pues que hallarán cabida al tratar de este contrato. Bastará por ahora decir que ya se hubiese convenido, ya no, el acreedor, á falta de pago podia vender la prenda, y ésta era una consecuencia natural del contrato. Y tambien podia haberse convenido lo contrario, y el pacto *ne vendere liceat* no quitaba al acreedor el derecho de vender ; únicamente le imponia la obligacion de anunciar la venta al deudor mediante tres anuncios previos (3).

La constitucion de Justiniano, de que habla aquí el texto, está

(1) Gay. Comm. 2. § 63.
(2) Gay. Comm. 2. § 64.
(3) Dig. 13. 7. f. 4, 5 y 6.

inserta en el Código (lib. 8, tít. 34, cons. 3). Deja á las partes el derecho de arreglar en su contrato el tiempo, el lugar y las demas condiciones de la venta, y sólo á falta de estas convenciones deben ser observadas las formalidades prescritas en dicha constitucion.

II. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideo si *mutuam pecuniam* alicui sine tutoris auctoritate dederit, *non contrahit obligationem*, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque nummi *vindicari* possunt, sicubi extent. Sed si nummi quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, *condici* possunt; si mala fide *ad exhibendum* de his agi potest. At, ex contrario, res omnes pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque, *si debitor pupillo solvat*, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioquin non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione quam ad Cæsarienses advocatos, ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus: qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia judicialis, sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et judex pronuntiaverit, et debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem *plenissima securitas*. Sin autem aliter quam disposuimus solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eamdem summam petat *per exceptionem doli mali* submoveri poterit. Quod si male consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio; sed nihilominus damnabitur, quia te-

2. Aquí tiene lugar la regla de que ni el pupilo ni la pupila pueden enajenar cosa alguna sin la autorizacion del tutor. Si uno de ellos *entrega á alguno* sin dicha autorizacion *una cantidad de dinero en préstamo*, *no forma contrato*, porque no transfiere la propiedad del dinero al que lo recibe, y por lo tanto, las monedas pueden ser *vindicadas* donde quiera que se encuentren. Pero si estas monedas han sido gastadas por el que ha recibido del pupilo, si esto ha sido de buena fe, se procederá por la *condiccion*; pero si ha sido de mala fe, por la accion *ad exhibendum*. — Por el contrario, el pupilo y la pupila pueden adquirir válidamente todas las cosas sin autorizacion del tutor. De donde se deduce que *si el deudor paga al pupilo*, es necesario á este deudor que intervenga la autorizacion del tutor, pues en otro caso no quedará libre de su obligacion. Este punto ha sido arreglado en virtud de las razones más evidentes por la constitucion que hemos dirigido á los abogados de Cesarea á instancia de Triboniano, varon eminente y cuestor de nuestro palacio imperial; constitucion en la que se dispone que el deudor de un pupilo pueda pagar al tutor ó al curador, haciendo ántes que para ello se le autorice por sentencia del juez, expedida sin ningun gasto. Observadas estas formas, y verificado el pago conforme á la sentencia del juez, quedará el deudor en plena y entera seguridad. En cuanto al pago que se haya hecho de otra manera distinta de la que hemos ordenado, si el pupilo conserva todavía el dinero en su poder, ó si de él se ha aprovechado, y por segunda vez reclama la misma suma, podrá contestársele por la excepcion de dolo. Pero si lo ha

mere, sine tutore auctore, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso, pupilli vel pupillæ solvere sine tutore auctore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis : cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

gastado inútilmente ó se lo han robado, no podrá aprovechar al deudor la excepcion de dolo, y no podrá dejar de ser condenado, porque ha pagado con imprudencia, sin conformarse á nuestras disposiciones.— Por el contrario, los pupilos no pueden pagar sin autorizacion de su tutor, porque no transfieren la propiedad de lo que dan en pago, por lo que sin dicha autorizacion no se les permite la enajenacion de ninguna cosa.

Hemos suficientemente explicado la regla de que los pupilos no pueden sin autorizacion de su tutor hacer peor su condicion, pero sí mejorarla. Hemos demostrado que de esta regla procede, entre otras consecuencias, el principio de que nada pueden enajenar, y que todo lo pueden adquirir. Este es el principio cuyas consecuencias explica aquí el texto en tres casos particulares que vamos á examinar ligeramente.

PRIMER CASO. *Si mutuam pecuniam dederit* (si el pupilo da dinero en *mutuum* sin autorizacion). El *mutuum* es el préstamo que llamamos préstamo de *consumo*. Este acto se hallaba colocado por el derecho civil de los romanos en el número de los *contratos;* sus principales efectos eran : transferir al que recibia á préstamo la propiedad de las cosas que le eran dadas en *mutuum*, y por consiguiente, obligarle á devolver las cosas en el tiempo determinado, no idénticamente, sino transfiriendo á su vez al prestamista la propiedad de cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad. Esta obligacion que contraia el que tomaba á préstamo era la obligacion esencial del *mutuum;* el prestamista reclama su ejecucion por la *condictio certi*, accion personal, que no era especial al *mutuum* solamente, sino que se aplicaba á otros diversos casos, y por lo cual en la especie del *mutuum* sostenia el prestamista que la persona á quien habia prestado se hallaba en la obligacion de darle en propiedad tales cosas, de tal calidad y en tal peso, número ó medida.

Non contrahit obligationem (no forma contrato). No pudiendo enajenar el pupilo los objetos que da, no se hacen propiedad del que los recibe, ni se produce el principal efecto del *mutuum;* por consiguiente, la obligacion esencial, que es su consecuencia (á saber, la de reemplazar en el tiempo convenido las cosas adquiri-

das por efecto de préstamo, transfiriendo en propiedad al prestamista cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad), esta obligacion no puede producirse, ni por consiguiente la *condictio certi*, que tiene por objeto reclamar su ejecucion. Resulta sólo de la entrega hecha por el pupilo que aquel á quien la ha hecho aparece como detentador de cosas correspondientes al pupilo.

Esto supuesto, veamos qué acciones tiene el pupilo para obtener la restitucion de estas cosas. Esta es una materia que en el sistema romano merece la mayor atencion.

1.° Si las cosas no han sido consumidas, y se encuentran todavía idénticamente en manos del que las ha recibido, tendrá el pupilo la *vindicacion* (*rei vindicatio*), accion por la cual sostendrá que las dichas cosas son suyas. Seguramente que no será éste el caso de intentar la *condictio certi*, es decir, de sostener que el detentador está obligado á *transferir* en reemplazo la *propiedad* de cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad;

2.° Si las cosas han sido consumidas de buena fe, entónces el pupilo no puede ya vindicarlas, pues no existen; éste es el caso de intentar la *condictio certi* para que se le *transfieran en propiedad* cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad;

3.° Si las cosas han sido consumidas de mala fe, tendrá el pupilo la accion *ad exhibendum*. Es preciso referirnos á lo que hemos dicho respecto de esta accion. Se verá que tenía por objeto hacer *exhibir*, representar idénticamente por alguno cosas que tuviese ocultas, ó que hubiese hecho desaparecer, *ó áun destruido* de mala fe; que no pudiendo en este último caso, por efecto de su dolo, exhibir idénticamente cosas que ya no existian, era condenado á los daños y perjuicios que resultasen de esta imposibilidad; ésta era la ventaja que ofrecia al pupilo la accion *ad exhibendum*.

Segundo caso. *Si debitor pupillo solvat* (si un deudor hace un pago á un pupilo). No pudiendo el pupilo hacer peor su condicion, no puede extinguir sus créditos; ésta es una regla bien establecida; sin embargo, como puede adquirirlo todo, se hace propietario de lo que le entrega el deudor, y este último no puede ya vindicar los objetos que ha entregado; véase por qué de la doctrina de que el pupilo pueda adquirirlo todo resulta que es necesario que el deudor nada le entregue en pago sin autorizacion del tutor. Conviene observar que en interes del deudor y no del pupilo habla el texto de la necesidad de la autorizacion (*necessaria est debitori tutoris*

auctoritas). En este sentido el *ideoque* del texto expresa una consecuencia muy lógica, y sólo por no haberla así comprendido han visto en ella los comentadores una inconsecuencia.

No pudiendo el deudor vindicar ya las cosas que ha dado, porque el pupilo las ha adquirido, no queda en su favor más que la consecuencia del principio de que nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro, principio que se aplica tambien á los impúberos, como ya hemos dicho. Por esto queda al deudor *la excepcion de dolo* para hacer que se tenga en cuenta lo que ha entregado hasta alcanzar á todo aquello de que el pupilo se ha aprovechado.

Plenissima securitas. La constitucion que Justiniano indica en este lugar se halla inserta en el Código (lib. 5, tít. 37, constit. 25). No se aplica al pago de los arrendamientos, intereses y otras rentas que se deben al pupilo. Para apreciar los efectos de esta constitucion y el sentido de las palabras *plenissima securitas*, es preciso observar que, segun el derecho, el pago hecho con autorizacion del tutor deja libre al deudor de toda obligacion, y la deuda queda pagada ;—pero que si no pudiese el pupilo en adelante recobrar de su tutor este crédito que habia sido pagado, y si por insolvencia del tutor quedase expuesto al peligro de experimentar un perjuicio, podia suceder que el pretor le concediese, segun las circunstancias, una entera restitucion (*in integrum restitutio*), es decir, que lo volviese á colocar en su primitivo estado, que renovase su estado, como ya hemos explicado. El deudor evitaba el peligro de esta *restitutio in integrum*, no pagando al tutor sino en virtud de un permiso del juez, en cuya forma le prestaba este pago plena y entera seguridad.

TERCER CASO. *Si el impúbero paga sin autorizacion.* El pago era en el derecho romano un acto de enajenacion, pues la cosa debida en propiedad no era enajenada por la convencion misma, sino sólo por la tradicion. No podia, pues, el pupilo pagar válidamente, y es preciso aplicar aquí lo que hemos dicho de las cosas que hubiese dado *in mutuum*.

TITULUS IX.
PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

TÍTULO IX.
POR MEDIO DE QUÉ PERSONAS SE ADQUIERE.

El rasgo característico del derecho romano en esta materia consiste en los dos principios ya indicados. El primero, que segun el

derecho civil la persona de un ciudadano romano no podia ser representada por nadie; cada cual podia solamente obrar por sí mismo en los actos civiles, contratar y adquirir. El segundo era que todos los que se hallaban sometidos al jefe de familia estaban reputados como si no formasen con él más que una sola y única persona; su individualidad se confundia en la persona de aquél y se identificaba con ella. Como parte subordinada, como dependencia, como instrumento de aquella persona, podian intervenir en diversos casos en lugar de la misma, contratar y adquirir por ella. El texto examina en este lugar, respecto de la adquisicion de la propiedad, primero las consecuencias de este último principio, y despues las del primero.

Acquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habetis: item per eos servos in quibus usumfructum habetis, item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidetis, de quibus singulis diligentius dispiciamus.

No sólo adquirís por vosotros mismos, sino tambien por aquellos que teneis bajo vuestra potestad; por los esclavos sobre los cuales teneis un derecho de usufructo, y por los hombres libres y los esclavos de otro, que poseeis de buena fe. Tratemos de cada uno de ellos separadamente.

Adquirir por aquellos que se hallan sometidos á vuestra potestad; es decir, que los hechos de que procede la propiedad, aunque se realicen en un individuo, producen la propiedad, no sólo para él, sino tambien para vos, porque la individualidad de aquél se confunde en vuestra persona, de la que se reputa ser una dependencia ó un instrumento. Mas como no es completa en todos los casos esta confusion, como varía segun la naturaleza del poder, la adquisicion de la propiedad tampoco se produce en todas las cosas respecto de todos. Se verifica con mayor ó menor extension segun las personas y segun los derechos á que se hallan sometidas.

Adquisicion por los hijos de familia.

I. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis), hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum est, alii vel extraneo donare, vel vendere, vel quo-

1. En otro tiempo, los hijos del uno ó del otro sexo hacian adquirir al jefe de familia, bajo cuya potestad se hallaban, todo lo que ellos adquirian (exceptuándose sin embargo los peculios castrenses): de tal manera, que lo que el jefe de familia habia adquirido de este modo por uno de sus hijos, era dueño de hacer donacion de ello, de venderlo,

cumque modo voluerint, aplicare. Quod nobis inhumanum visum est; et generali constitutione emissa et liberis pepercimus et patribus honorem debitum servavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationen, totum parenti adquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat; ne quod eis suis laboribus, vel prospera fortuna accessit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

ó de transferirlo bajo cualquier forma á otro de sus hijos ó á un extraño. Este hecho nos ha parecido inhumano, y por una constitucion general hemos sancionado, en efecto, que todo lo que adquieran los hijos por la cosa de su padre, será adquirido en totalidad por este último, conforme al derecho antiguo. ¿Qué injusticia puede haber en que lo que procede del padre vuelva otra vez al padre? Pero respecto de las adquisiciones que el hijo de familia haga por cualquier otra causa, sólo adquirirá el padre el usufructo, y la propiedad será del hijo, á fin de que este último no tenga el dolor de ver pasar á otras manos el producto de su trabajo ó de su fortuna.

El principio general era que el que se halla en la propiedad de otro no podia tener nada en su propiedad. Así nos lo dice Gayo en su Instituta : «*Qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest*» (1). Por consiguiente, los que estaban *in potestate*, lo que comprende á los hijos de familia y á los esclavos, los que estaban *in manu*, es decir, las mujeres que habian pasado á la mano de su marido, y los que se hallaban *in mancipio*, es decir, las personas libres sometidas al derecho de *mancipium*, no podian tener nada en su propiedad : así se decia de todas estas personas, sin establecer entre ellas ninguna diferencia, que todo lo que recibian por mancipacion ó tradicion, lo que estipulaban ó adquirian por cualquiera causa, lo adquirian no por sí, sino por el jefe de la familia. «*Acquiritur autem nobis*, dice Ulpiano en sus reglas de derecho, *etiam per eas personas quas in potestate, munu, mancipiove habemus. Itaque si quid mancipio puta, acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet*» (2).

No habia otra circunstancia que atemperase el rigor del derecho que là costumbre que reinaba entre los jefes de familia de dejar á estas personas, y especialmente á sus hijos ó á sus esclavos, cierta porcion de bienes, cuya administracion y uso tenian, pero sólo por tolerancia, miéntras lo permitia el jefe de familia, y siem-

---

(1) Gay. Inst. comm. 2. § 87.

(2) Ulp. Reg. tit. 19. § 18.—Véase tambien á Gayo, *loco citato*. Sin embargo, existia una diferencia controvertida relativamente, no á la propiedad, sino á la posesion entre las personas *in potestate*, y las que estaban solamente *in manu* ó en *mancipio*. V. Gay. Inst. comm. 2. § 90.

pre en su nombre. Esto era lo que se llamaba un *peculio*. En este estado del derecho el peculio del hijo de familia no se diferenciaba del peculio del esclavo.

No nos ocuparémos más de las personas colocadas *in manu* ó *in mancipio*, que no existian ya en tiempo de Justiniano; bastará lo que acerca de esto hemos dicho.

En cuanto á los hijos de familia, veamos por qué transiciones han pasado relativamente á los bienes hasta Justiniano.

Desde los primeros tiempos del imperio, época en que las constituciones imperiales prodigaron privilegios á los soldados bajo Augusto, Neron y Trajano, principió á establecerse la máxima de que lo que adquiriesen los hijos de familia por razon del servicio militar, pudiesen disponer de ello, ya por donacion entre vivos, ó por testamento, como si respecto de estos bienes fuesen padres de familia. Esto fué lo que se llamó peculio de los campos (*castrense peculium*), y esta regla se estableció en axioma: «*Filii familias in castrensis peculio vice patrum familiarum funguntur*» (1). En efecto, es preciso observar que, desde esta época, reconocer en los hijos de familia la capacidad de ser propietario, de tener cosas suyas, y por consiguiente, disponer de ellas y de ejecutar los actos propios del comercio de estas cosas, fué constituirles una personalidad propia, hacer de ellos una persona civil distinta de la de los jefes de familia; y que desde entónces el principio del primitivo derecho de que los hijos de familia no tienen persona, que su individualidad se absorbe en la persona del jefe, de quien son únicamente una dependencia ó instrumento, principió á hacerse falso. Un título del Digesto enumera circunstanciadamente lo que se comprende ó no en el peculio castrense (2).

Posteriormente, y á imitacion del peculio castrense, se estableció por otros emperadores que ciertos bienes, aunque no fuesen adquiridos en el servicio militar, correspondiesen á los hijos de familia como bienes castrenses: dichos bienes formaron lo que se llamó peculio *casi-castrense*. Ciertos pasajes de Ulpiano prueban que en tiempo de este jurisconsulto era ya conocido este peculio; pero algunas constituciones de Constantino el Grande fueron las que principalmente establecieron sus reglas, que despues de aquél

(1) Dig. 14. 6. De Sent. const. Macedon 2. f. Ulp.
(2) D. 49. 17. *De castrensi peculio.*

extendieron más algunos emperadores. Constantino declaró peculio casi-castrense cuanto los diferentes oficiales de palacio, cuya enumeracion se halla en su constitucion, hubiesen ganado durante el desempeño de sus empleos, ya por economías, ya por dádivas del Emperador (1). Esta gracia de tener un peculio casi-castrense se extendió sucesivamente á otras profesiones : por Teodosio y Valentiniano á los abogados pretorianos y á diversos empleados del pretorio prefectoral ; por Honorio y Teodosio á los asesores y á los abogados de todas las jurisdicciones ; por Leon y Antemio á todos los abogados que defendiesen á las partes ; á los obispos, á los jefes de presbíteros y á los diáconos ortodoxos, y en fin, segun Justiniano, cuanto procedia de la libertad imperial en favor de un hijo de familia constituia un peculio casi-castrense. Los hijos respecto de este peculio eran considerados como jefes de familia, lo mismo que respecto del peculio castrense.

Constantino instituyó tambien un tercer género de peculio, que los comentadores han llamado peculio adventicio (*peculium adventitium*), y que se componia, segun la constitucion de este Emperador, de todos los bienes que adquiriesen los hijos de familia en la sucesion de su madre, ya por testamento, ya *abintestato;* el padre sólo adquiria sobre este peculio un derecho de usufructo, y la propiedad correspondia al hijo (2). Arcadio y Honorio lo extendieron á cuanto adquiria el hijo de familia, ya por sucesion, ya por liberalidad de su abuelo ó de su abuela ú otros ascendientes de la línea materna (3) ; y Teodosio y Valentiniano lo extendieron tambien á cuanto adquiria un cónyuge por el otro (4). Segun la constitucion de Justiniano mencionada en el texto anterior, este género de peculio es todavía más extenso y comprende cuanto los hijos de familia adquieren por una causa cualquiera, á excepcion de lo que procede de las cosas del padre (5).

Así, bajo el imperio de Justiniano la situacion de los hijos de familia en cuanto á sus bienes se hallaba léjos de ser lo que habia sido en otro tiempo : tenian aquéllos en primer lugar el peculio propiamente dicho, es decir, los bienes cuya administracion y goce les dejaba el padre de un modo precario; peculio que los co-

---

(1) Cod. 12. 31. *De castrensi omnium palatinorum peculio ; lex unica.*
(2) Cod. 6. 60. *De bonis maternis.* 1.
(3) Ib. 2.
(4) Cod. 6. 61. 1.
(5) Ib. const. 6.

mentadores han llamado *profecticio*, y que procediendo sólo del padre, á éste pertenece en realidad. En segundo lugar tienen en toda propiedad, como verdaderos jefes de familia, pudiendo disponer de ellos por donacion entre vivos ó por testamento, los peculios castrense y casi-castrense, sobre los cuales no tiene el padre ningun derecho. En fin, todos los demas bienes que procedan de una causa cualquiera y que se comprenden por los comentadores bajo el nombre de peculio adventicio, les pertenecen en propiedad, sin que puedan, sin embargo, disponer de ellos, ya por donacion entre vivos, ya por testamento; el padre sólo tiene el usufructo de ellos, y áun hay casos en que se halla privado de este usufructo, como, por ejemplo, si los bienes han sido legados al hijo de familia bajo esta condicion. — El jefe no es ya, pues, el único propietario de la familia, y el hijo no se confunde y absorbe en su persona; el hijo tenía una personalidad propia: el derecho de Roma ya no existia.

II. Hoc quoque a nobis dispositum est et in ea specie, ubi parens emancipando liberum, ex rebus quæ adquisitionem effugiunt, sibi partem tertiam retinere si voluerit licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis. Et inhumanum quidam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominii pro parte tertia defraudaretur; et quod honoris ei ex emancipatione additum est, hoc per rerum diminutionem decrescat. Ideoque statuimus ut parens, pro tertia dominii parte quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum, sed ususfructus, retineat. Ita hæ res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

2. Hemos tambien dispuesto acerca de la facultad que tenía el padre de familia, en virtud de las antiguas constituciones, de retener, cuando emancipaba á sus hijos, la tercera parte de los bienes sustraidos á su derecho de adquisicion, como para hacerse pago de la emancipacion. De esta manera el hijo, en todo rigor, era despojado, por efecto de la emancipacion, de la tercera parte de sus bienes, y lo que ganaba en consideracion, haciéndose dueño suyo, lo perdia por la disminucion de su fortuna. Hemos, pues, dispuesto que en vez de la tercera parte de los bienes en toda propiedad, el padre de familia retenga la mitad de ellos, pero sólo en usufructo. Mediante este arreglo, la propiedad de estas cosas quedará intacta en cabeza del hijo, y el padre disfrutará un valor más alto, la mitad en lugar de la tercera parte.

Mediante la emancipacion, cesa la patria potestad, y con ella el usufructo que el padre de familias tenía sobre los bienes de sus hijos. Pero las constituciones imperiales les daban en estos casos el derecho de retener, como precio de la emancipacion, la tercera parte en toda propiedad, de los bienes cuyo fruto perdia. Se-

gun Justiniano, retendrá la mitad de ellos, no en propiedad, sino en solo usufructo ; así, en último resultado, no perderá por la emancipacion sino la mitad del usufructo que tenía en calidad de padre ; pero no conservará ya por el mismo título la mitad que está autorizado á retener, pues esto no será ya en virtud de la patria potestad.

Adquisicion por los esclavos de que se tiene la propiedad, el usufructo, el uso, ó la posesion de buena fe.

III. Item vobis adquiritur quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, *sive quid stipulentur*, vel ex qualibet alia causa adquirant : hoc enim vobis ignorantibus et invitis obvenit. Ipse enim (servus) qui in potestate alicujus est, nihil suum habere potest. Sed et si *heres institutus sit*, non alias nisi jussu vestro hereditatem adhire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hereditas adquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis: et convenienter scilicet vobis *legatum* per eos adquiritur. Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habetis vobis adquiritur, sed *etiam possessio.* Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini, unde etiam per eos usucapio (vel longi temporis possessio), vobis accedit.

3. De la misma manera lo que vuestros esclavos adquieran por tradicion, *ya á consecuencia de una estipulacion*, ya por otra causa cualquiera, lo adquirís vosotros ; y esto se verifica sin saberlo vosotros y á pesar vuestro ; porque el esclavo, sujeto á la propiedad de otro, no puede tener nada en propiedad por sí mismo. Sin embargo, *si ha sido instituido heredero*, puede haber adicion de la herencia por órden vuestra ; pero habiendo él hecho esta adicion por órden vuestra, habeis adquirido la herencia como si hubieseis sido instituido personalmente heredero. Adquirís tambien por vuestros esclavos los legados que les han sido hechos. No sólo adquirís la propiedad por medio de las personas sometidas á vuestro poder, *sino tambien la posesion.* Se juzga que poseeis todo aquello de que tienen la posesion ; por lo tanto, la usucapion ó la posesion de largo tiempo se realizan por los esclavos en beneficio vuestro.

El derecho relativamente á los esclavos permaneció en todo su primitivo rigor. Nada tienen propio. No hay respecto de ellos más peculio que aquel de que les abandona su amo, miéntras quiere, la administracion y el goce precario, y del que siempre es propietario á los ojos de la ley.

Este párrafo se ocupa de dos especies de derechos que el amo adquiere por su esclavo ; á saber, la propiedad y la posesion. Examinemos uno y otro.

En cuanto á la propiedad, todo lo que es adquirido por el esclavo, por medio de cualquier causa productiva de propiedad (*ex qua-*

libet causa), es adquirido inmediatamente por el amo, sin saberlo éste y áun contra su voluntad (*ignorantibus et invitis*). Hé aquí la regla general.

En seguida trata el texto de dos medios particulares : la herencia y los legados.

Sive quid stipulentur. La estipulacion, como hemos ya dicho muchas veces, no era un medio de adquirir la propiedad, sino únicamente de obligar en favor de uno mismo al promitente. El texto, pues, debe entenderse en el sentido de que se trata no meramente de una estipulacion áun no verificada, sino tambien de una *tradicion* hecha al esclavo por efecto, ya de una estipulacion precedente, ya de otra causa cualquiera ; por ejemplo, por efecto de una compra, de una donacion, de una convencion. — Es, sin embargo, igualmente cierto que los esclavos que no podian *prometer* por su señor ni obligarlo personalmente, podian estipular por sí, y que el beneficio de la estipulacion, esto es, la accion contra el que prometia, recaia despues en el amo. Pero de esta materia se trata más adelante en el libro de las obligaciones (1), y no en este lugar, en el que sólo se trata de adquirir por medio de otro la *propiedad* ó la *posesion*.

Si heres institutus sit. La adquisicion de una herencia no es una adquisicion ordinaria. Comprende no sólo los bienes, sino tambien las cargas, las deudas y las obligaciones que componen la herencia ; lleva consigo sustitucion del heredero en la persona del difunto. No se limita el heredero á adquirir haciendo adicion de la herencia, sino que se obliga personalmente. Por esto no se aplicaba á la herencia la regla general de que los señores adquiriesen por medio de sus esclavos, contra su voluntad y sin saberlo ellos: no pudiendo el esclavo obligar á su señor, tampoco podia, por consiguiente, hacer adicion de herencia sino con su consentimiento y por órden suya.

Legatum. El legado se diferenciaba de la herencia en puntos importantes, que producian diferencias notables en la adquisicion del uno ó del otro por medio del esclavo. Así :

1.° El legado, á diferencia de la herencia, no llevaba consigo sucesion en las deudas ni obligaciones del difunto, y por consiguien-

(1) Inst. lib. 3. tit. 17. *De stipulatione servorum.*

te, el legado hecho al esclavo lo adquiria el señor sin saberlo y contra su voluntad.

2.º El derecho eventual á los legados lo adquiria el legatario desde la muerte del testador (1); miéntras que la herencia la adquiria el heredero instituido sólo por la adicion y en el momento de la adicion. Veamos las consecuencias que de esto se derivan : el legado hecho al esclavo lo adquiria el señor al cual pertenecia *en el momento de la muerte del testador*, miéntras que la herencia dejada al esclavo la adquiria el señor á quien pertenecia en el momento de la adicion, y por órden del cual hacía aquél la adicion. Si se pregunta para qué servia dejar un legado ó una herencia al esclavo, y no á su señor, cuando éste era quien debia ser juzgado como legatario ó heredero, dirémos que el señor á quien pertenecia el esclavo, en el momento en que se hacía el testamento, no entraba por nada en este acto de liberalidad : la esperanza del legado ó de la herencia se fundaba en cierto modo sobre la cabeza del esclavo, á quien seguia en sus diversas condiciones, hasta que dicha esperanza se convirtiese en un derecho adquirido. Así es que, respecto del legado, si el esclavo, ántes de la muerte del testador, pasaba á poder de otro señor, ó se hacía libre ó moria, la esperanza del legado pasaba con él, en el primer caso á su nuevo señor, en el segundo á él mismo, y en el tercero caducaba. Del mismo modo y respecto de la herencia, miéntras que no se hacía la adicion, el esclavo llevaba consigo su institucion; pero si ántes de la adicion pasaba sucesivamente á poder de otros señores, adquiria la herencia para aquel que le ordenaba hacer adicion : si se hacía libre, la herencia era para él ; y si moria, quedaba sin efecto su institucion. Un esclavo que llevaba consigo un derecho de herencia, era de más estimacion y se vendia más caro ; y si era muerto, se debia á su señor una mayor indemnizacion, segun la importancia de la herencia.

Sed etiam possessio. Pasemos al segundo punto que trata el texto, cual es la adquisicion de la posesion por los esclavos. Todo lo que concierne á la posesion se halla indicado en la Instituta de un modo bastante superficial. Sobre esta materia es preciso referirnos á lo que de ella hemos dicho. En estos diferentes lugares hemos

(1) Si era condicional, sería sólo desde el cumplimiento de la condicion. Aunque el legatario hubiese desde este momento adquirido el derecho eventual á su legado, no podia exigir la entrega hasta despues de la adicion, ó hasta que se cumpliese el término, si habia alguno.

visto que la posesion legal se compone de dos elementos: el *hecho*, que consiste en que la cosa se halle de un modo cualquiera á nuestra libre disposicion; y la *intencion*, que consiste en la voluntad de poseer como propietario.

Esto supuesto, el hecho existe siempre que se verifica en la persona de nuestro esclavo; porque la cosa que tiene éste á su libre disposicion para nosotros y en nuestro nombre, se halla por esto mismo á nuestra disposicion.—En cuanto á la intencion, no basta la del esclavo, sino que es preciso que tambien nosotros la tengamos, es decir, que tengamos voluntad de ser considerados como propietarios de la cosa que nuestro esclavo retiene en nuestro nombre.—Estas dos reglas las expone Paulo de una manera bastante lacónica y exacta: «*Animo nostro, corpore etiam alieno possidemus*» (1).

La consecuencia que de aquí procede es que no sucede con la posesion como con la propiedad. El señor no puede adquirir la posesion por su esclavo sin saberlo y contra su voluntad. Si en cuanto al hecho basta que aquélla se obre en la persona del esclavo, es preciso que el dueño tenga conocimiento y quiera aprovecharse de ella. Esto es lo que dice Papiniano: *Dixi..... scientiam domini esse necessariam sed corpore servi quæri possessionem* (2).

Sin embargo, se habia hecho una excepcion general para todo lo que el esclavo poseia ó recibia en posesion como si entrase en su peculio (*pro peculio*). El amo adquiria, áun sin saberlo él, la posesion; porque al concederle el permiso de tener un peculio, se juzgaba que tenía la voluntad de poseer en general todo este peculio, y en particular las cosas que lo componian. «*Adquirimus possessionem*, dice Paulo, *per servum aut filium qui in potestate est, et quidem earum rerum quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permissimus.*» Y más adelante repite en otros términos la misma idea: «*quia videmur eas* (*quas servi peculiariter paraverunt*) *et animo corpore possidere*» (3).

Investigando Papiniano la utilidad de este derecho excepcional, lo explica diciendo que era preciso impedir que los amos se encon-

(1) Dig. 41. 2. 3. § 12. f. Paul.

(2) Dig. 41. 2. 44. § 1. f. Papin.

(3) Dig. Ib. 1. § 5; y 3. § 12. f. Paul.

trasen en la necesidad de informarse á cada instante y en particular de cada cosa que entraba en el peculio, y de la causa que lo hacía entrar en él. En lugar de estos informes de pormenores particulares, debian bastar su voluntad y su autorizacion general. «*Quæsitum est cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quæreretur? Dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere*» (1).

Los mismos principios acerca de la adquisicion de posesion por medio de esclavos deben ser aplicados á los hijos de familia sometidos á la patria potestad, aunque con las distinciones que resultan de las diferentes especies de peculios.

Cuando el mismo esclavo pertenecia á muchos señores, la regla general era que adquiria para cada uno proporcionalmente á su parte en la propiedad del esclavo, á no ser que hubiese alguna razon particular que debiese hacer atribuir la adquisicion á uno solo, ó solamente á algunos.

IV. De iis autem servis in quibus usumfructum tantum habetis, ita placuit, ut quidquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur; quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominium proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatum quid ei, donatumve fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis adquirit. Item placet et de eo qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus: quod enim placuit de fructuario, idem placet et de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, cum usuceperit, servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest: fructuarius vero usucapere non potest:

4. Respecto de los esclavos, sobre los que sólo teneis un derecho de usufructo, todas las adquisiciones que obtienen de vuestra cosa ó de su trabajo, os pertenecen; todas las que proceden de cualquiera otra causa pertenecen al dueño de la propiedad. Si este esclavo ha recibido una herencia, un legado ó una donacion, no la adquiere para el usufructuario, sino para el propietario. Lo mismo sucede con el que poseeis de buena fe, ya sea un hombre libre, ya el esclavo de otro, porque la regla establecida para el usufructuario se aplica tambien al poseedor de buena fe; todo lo que este hombre adquiere por otros medios que no sean los dos que acabamos de mencionar, lo adquiere para sí mismo si es libre, ó para su amo, si es esclavo. Pero hay la diferencia de que el poseedor de buena fe, cuando ha poseido al esclavo durante el tiempo de la usucapion, y habiéndose hecho por esto solo propietario de este esclavo, obtendrá

(1) Dig. Ib. 44. § 1. f. Papin.

primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi; deinde, quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, vel quos bona fide possidetis, vel per liberam personam quæ bona fide vobis servit, adquiritur vobis; sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona, secundum definitionem quam proxime posuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

para él toda adquisicion, cualquiera que sea la causa de que provenga, miéntras que el usufructuario no puede por usucapion hacerse propietario del esclavo: lo primero, porque no teniendo más que el uso de él y los frutos, no lo posee; y lo segundo, porque sabe que este esclavo pertenece á otro. Por lo demas, no sólo adquirís la propiedad por los esclavos de quienes teneis el usufructo ó posesion de buena fe y por las personas libres que de buena fe os están sometidas, sino que tambien adquirís la posesion; debiendo siempre entenderse respecto de cada una de estas personas dentro de los límites que ya hemos señalado, esto es, si la posesion que han recibido proviene de vuestra cosa ó de su trabajo.

Este párrafo se ocupa de las adquisiciones que se pueden hacer, ya de propiedad, ya de posesion, por medio de los esclavos de que sólo se tenga el usufructo ó bien el uso, ó por aquellos que se poseen de buena fe, creyendo ser uno propietario de ellos, aunque en efecto no lo sea.

En cuanto al esclavo de que sólo se tiene el usufructo, es preciso referirnos á las reglas que hemos dado ántes, cuyas reglas explican suficientemente las disposiciones de nuestro párrafo. El usufructuario tiene el uso del esclavo, puede emplearlo al servicio de sus fincas ó en sus negocios, y adquiere el resultado ó efecto de sus servicios. Tiene tambien los frutos, y puede hacerlo trabajar para otras personas, y adquirir tambien el precio que obtiene por su trabajo. Mas la institucion de heredero, los legados, las donaciones y los tesoros descubiertos por el esclavo, no son fruto, pues un esclavo no está destinado á producir tales cosas, y el usufructuario no las adquiere. — El texto añade: «*quidquid ex re vestra acquirunt.*» La adquisicion proviene de cosa vuestra, como, por ejemplo, si el esclavo ha vendido, alquilado, etc., alguna cosa vuestra, ó si ha pagado con dinero vuestro.

2.° En cuanto al esclavo de que sólo se tiene el uso, de él no habla el texto en este lugar; pero basta referirse á las reglas que hemos expuesto. El que lo usa adquiere para sí el resultado del uso que de él pueda hacer en sus propios bienes ó en sus propios negocios, como, por ejemplo, haciéndole cultivar sus tierras y ven-

der los frutos que éstas le producen, ó poniéndole al frente de su comercio (1). Pero no puede hacerle trabajar para otros, y sacar de él el precio, pues esto sería un fruto.

3.° En cuanto á aquel de quien se creé de buena fe ser propietario, y que bajo este título se posee, aunque en realidad sea un hombre libre ó el esclavo de otro, es preciso recurrir á las reglas que ya hemos expuesto. El poseedor de buena fe tiene de comun con el usufructuario, que adquiere tambien el uso y los frutos; pero hay en la manera de adquirirlos diferencias que ya hemos explicado, y que es bueno recordar aquí. Son importantes para saber lo que el poseedor de buena fe deberá restituir al verdadero dueño del esclavo cuya propiedad sea probada, ó al hombre que poseia, cuando se descubra su estado de hombre libre.

La diferencia importante que tambien existe entre el usufructuario y el poseedor de buena fe, respecto de la usucapion, se halla suficientemente explicada en el texto: es consecuencia de los principios que hemos expuesto al tratar de la usucapion.

Adquisicion por una persona extraña.

V. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis; item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque justam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est quod dicitur, *per extraneam personam nihil adquiri posse;* excepto eo quod *per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus sed et ignorantibus* adquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem; et per hanc possessionem *etiam dominium*, si dominus fuit qui tradidit, *vel usucapionem*, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non fuit.

5. Por lo que precede se ve que nada adquirís, cualquiera que sea la causa de la adquisicion, por los hombres libres que no se hallan bajo vuestra potestad, ó que no poseeis de buena fe; ni por los esclavos de otro, sobre los cuales no teneis ningun derecho de uso, de fruto ó de posesion. De aquí procede la regla siguiente: *que nada puede adquirirse por medio de una persona extraña;* con la excepcion de que por una *persona libre, como, por ejemplo, por procurador*, se puede adquirir, segun una constitucion del divino Severo, *no sólo á sabiendas, sino áun ignorándolo, la posesion, y por medio de esta posesion, la propiedad*, si aquel que ha entregado la cosa era propietario; ó bien si no lo era, por la *usucapion* ó la prescripcion de largo tiempo.

Per extraneam personam nihil adquiri posse. Tal era la regla

(1) Dig. 7. 8. 17. § 2. f. Pom.—20. f. Marcel.

general que hallamos en Gayo (1), y que procedia del principio general de que la persona del ciudadano romano no podia ser representada por otra. Sin embargo, sabemos que este rigor de los principios se templó con el tiempo; que se hizo distincion entre los actos del derecho civil y los actos del derecho de gentes; y que respecto de estos últimos se admitió la posibilidad de valerse de procurador ó de agente de negocios. La misma distincion se admitió respecto á la adquisicion. Así es que siendo la propiedad ó el dominio un derecho eminentemente civil, subsistió siempre la regla de que no se podia adquirir por medio de un tercero; pero siendo de derecho de gentes la posesion, y adquiriéndose naturalmente, fué cosa recibida por consideraciones de utilidad (*utilitatis causa*, dice Paulo (2); *ratione utilitatis*, dicen los emperadores Severo y Antonino (3), que se pudiese adquirir por una persona extraña. Esto lo resume Modestino en los términos siguientes: «*Ea quæ civiliter adquiritur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus*» (4). Tambien contiene esto un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano, inserto en el Código: «*Excepta possessionis causa, per liberam personam quæ alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse indubitati juris est*» (5). Así, distingamos dos cosas: la propiedad y la posesion.

En cuanto á la propiedad, no podia adquirirse por medio de una persona extraña, lo que no quiere decir sólo que la donacion, el legado, la institucion de heredero ó cualquier otro hecho productivo de propiedad, y verificado en favor de dicha persona, no podia realizar una adquisicion para nosotros, lo cual es de toda evidencia, sino que significa tambien que si esta persona extraña recibia para nosotros y como representante nuestro cualquier cosa por mancipacion ó por *cesion in jure* ó por cualquier otro medio civil, con intencion de que la adquiriésemos, esta adquisicion no

---

(1) Gay. Inst. comm. 2. § 95.

(2) «*Per liberas personas quæ in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest: sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est.*» Paul. Sent. 5. 2. § 2.

(3) «*Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis quam jurisprudentia receptum est.*» Cod. 7. 32. 1. cons. Serv. et Anton.

(4) Dig. 41. 1. 53. f. Modest.

(5) Cod. Just. 3. 27. 1.

tenía lugar. Esta regla perdió mucho de su importancia en tiempo de Justiniano, por haber desaparecido los medios de adquirir por puro derecho civil.

En cuanto á la posesion, es preciso explicar las disposiciones del texto.

Per liberam personam, veluti per procuratorem adquiri possessionem. La posibilidad de ser representado por otro en la toma de posesion de un objeto ha sido admitida por la jurisprudencia por consideraciones de utilidad (*tam ratione utilitatis quam jurisprudentia*), y como consecuencia de las reglas naturales de la posesion. En efecto, el hecho físico de tener una cosa en nuestra posesion, es decir, en nuestro poder, á nuestra disposicion, se halla realizado áun cuando sea un tercero, como, por ejemplo, un procurador, un tutor, un curador, quien la haya tomado en nuestro nombre: la cosa queda como á nuestra disposicion, ó por mejor decir, está en ella realmente, pues se la retiene para nosotros. Mas el derecho de posesion no consiste sólo en el hecho, pues se necesita tambien la intencion; el hecho puede verificarse en la persona de otro, que es para nosotros como un instrumento; ¿pero la intencion no debe hallarse en nosotros, y sernos exclusivamente personal? Aquí fué donde en realidad se derogó el principio, admitiendo la posibilidad de ser representado por un tercer extraño en la toma de posesion; pero ésta pudo adquirirse por una persona extraña, *non solum scientibus, sed et ignorantibus*, dice nuestro texto, é *ignoranti quoque* dice la constitucion de Severo y Antonino (1). Sin embargo, es preciso establecer en esto una distincion. Si alguno, administrando nuestros negocios sin que lo sepamos nosotros, recibe para nosotros tambien una cosa, por una causa cualquiera, como ignoremos absolutamente la retencion que ejecuta en nombre nuestro, no adquirimos la posesion, ni la adquirirémos hasta el momento en que de ella tengamos conocimiento (2). Pero si es procurador nuestro, á quien hemos dado personalmente mandato de comprar y de recibir para nosotros, nos adquiere la posesion desde el momento que recibe la cosa á su disposicion, y áun ántes de que sepamos que la ha recibido; nuestra

---

(1) Cod. 7. 32. 1. Esta constitucion que acabamos de citar en la página anterior, nota 3, es probablemente á la que hace alusion el texto de nuestro párrafo.

(2) Dig. 41. 2. 42. § 1. f. Ulp.—Paul. Sent. 5. 2. § 2.

voluntad concebida y expresada anticipadamente basta para que haya de nuestra parte suficiente intencion (1).

Et per hanc possessionem etiam dominium. La intencion del vendedor, del donante, de aquel que por una causa cualquiera traslativa de propiedad ha entregado la cosa á mi procurador en nombre mio, ha sido de transferir la propiedad, no al procurador, sino á mí. El procurador me ha adquirido, áun ignorándolo yo, el hecho del poder sobre la cosa, el derecho de posesion; y como consecuencia de esta posesion, se produce la propiedad en provecho mio. Así, en último resultado, cuando sólo se trate de adquirir la propiedad por el medio natural de la tradicion, lo que corresponde al derecho vigente en tiempo de Justiniano, y esto por una causa cualquiera, como por causa de venta, de dote, de donacion, de pago ó de cualquier otra, la mediacion de un procurador podrá tener lugar para recibir la posesion, y por ella la propiedad: «*Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur, etiam ignoranti*» (2).

Vel usucapionem. Sin embargo, parece por la constitucion de Severo y de Antonino, ya muchas veces citada, que habia habido más severidad en la usucapion que en la simple adquisicion de la posesion. Así es que se adquiria por su procurador la posesion, áun ignorándolo el principal, desde el momento en que habia recibido la cosa. Pero para que principiase la usucapion, era menester que se tuviese conocimiento preciso de que la cosa le habia sido entregada. Sin duda porque era preciso para la usucapion que hubiese no sólo *intencion*, sino tambien *buena fe* (3).

VI. Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quomadmodum *singulæ res* vobis adquirantur; nam legatorum jus, quo et ipse singulæ res vobis adquiruntur (item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur), opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis *per universitatem* res vobis adquirantur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cujus bono-

6. La indicacion sumaria que acabamos de hacer de los medios por los que se adquieren *objetos particulares*, basta por ahora; porque la exposicion del derecho de los legados por cuyo medio adquirís, y de los fideicomisos, por cuyo medio se os dejan objetos particulares, se hallará con oportunidad más adelante. Ocupémonos, pues, ahora de los medios de adquirir las cosas por *univer-*

(1) «*Procurator, si quidem, mandante domino, rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quodsi sua sponti emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.*» (Ib.)

(2) Dig. 41. 1. 13. f. Nerat.; 20. § 2. f. Ulp.—41. 3. 41. f. Nerat.

(3) Cod. 7. 32. 1. V. el texto de esta constitucion, p. 473, nota 3.

rum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis (vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addita fuerint), ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est: nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus quæ ex testamento vobis obveniunt: qua in re, necessarium est initium de ordinandis testamentis exponere.

salidad. Si sois heredero, ó solicitais la posesion de los bienes de alguno, si abrogais alguno, ó si se os hace adicion de los bienes de otro, para conservar las manumisiones, todas las cosas que le pertenecian os son transferidas. Tratemos primero de las herencias, las que se dividen en dos clases, porque se entregan por testamento ó *ab intestato;* empecemos por las que nos vienen por testamento, y respecto de esto es necesario exponer en primer lugar las formalidades de los testamentos.

Los medios de adquirir expuestos hasta aquí, como la ocupacion, la tradicion y la usucapion, sólo se aplican por su naturaleza á ciertos y determinados objetos. Pero hay medios por los cuales se adquiere á la vez una masa compuesta de diferentes cosas, bienes, derechos, dudas y cargas comprendidas en ellas, aunque no se las designe especialmente. Tales son la herencia, la posesion de los bienes, que no es más que una herencia pretoriana; la adrogacion, por la cual se adquiria en otro tiempo toda la fortuna del adrogado, y algunos otros. Estos medios forman el objeto de los títulos que siguen en la Instituta.

No tenemos ninguna accion especial que exponer con ocasion de los dos últimos títulos que acabamos de explicar. Los contratos y los diferentes actos de los esclavos ó de los hijos de familia con relacion á sus peculios daban orígen á ciertas acciones particulares. Pero estas acciones corresponden á la materia de las obligaciones, y no á la que acabamos de examinar, que es la adquisicion de la propiedad.

RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.

(DESDE EL TÍTULO I AL IX.)

Division de las cosas. — Propiedad y ótros derechos reales. — Medios de adquirir los objetos particulares.

DIVISION DE LAS COSAS.

Por *cosas* se entienden en el Derecho romano todos los objetos corpóreos ó de pura creacion jurídica, sometidos, ó al ménos destinados á las necesidades del hombre, y por consiguiente, como capaces de poder ser objeto de los derechos.

Las distinciones que habia en otro tiempo entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, entre las tierras de Italia y las de las provincias, fueron enteramente suprimidas por Justiniano.—El Digesto presenta como division principal la de *cosas de derecho divino* y *cosas de derecho humano*. Las Institutas, la de *cosas fuera de nuestro patrimonio* y *cosas en nuestro patrimonio*.

Están fuera de nuestro patrimonio las cosas comunes (*communia*), pública (*publica*), de corporacion (*universitatis*), y en fin, las cosas que no son realmente de nadie (*res nullius*).—Están en nuestro patrimonio las cosas que pertenecen á particulares (*res privatæ, res singulorum*).

Las cosas *comunes* son aquellas cuya propiedad no es de nadie, y su uso de todo el mundo, como el aire, el agua corriente, el mar y sus costas : la costa del mar se extiende *quatenus hybernus fluctus maximus excurrit*.

Las cosas *públicas* son aquellas cuya propiedad es del pueblo, y

cuyo uso es comun, como los puertos, las vias pretorianas ó consulares y los rios : en cuanto á la orilla del rio, pertenece en propiedad á los ribereños, y sólo el uso al público.

Las cosas de *corporacion* son aquellas cuya propiedad es de una corporacion, y el uso de todos sus individuos : tales son los teatros y los estadios de las ciudades. Se entiende por corporacion (*universitas*), una reunion de individuos que forman una especie de persona legal, que puede poseer, ser propietaria, contratar y proceder en justicia : ninguna corporacion puede formarse sino en virtud de una ley. Aunque las cosas de que acabamos de hablar pertenezcan á reuniones de hombres, sin embargo, como no son de nadie en particular, y se hallan destinadas á un uso comun, se las considera como si se hallasen fuera de nuestro patrimonio : lo que las distingue del tesoro, de los créditos, de los esclavos y de otras cosas, que, no hallándose abandonadas al uso público, se hallan en el patrimonio del pueblo ó de las corporaciones.

Las cosas *nullius* son : 1.°, aquellas de que el hombre no se ha apoderado todavía, ó que se le han huido, ó que ha abandonado enteramente, como los animales silvestres, sus productos, las islas nacidas en el mar y los objetos desechados por su dueño ; 2.°, las que han sido separadas ó segregadas del comercio de los hombres, y que se llaman cosas de derecho divino (*res divini juris*). Estas últimas se dividen en cosas sagradas (*sacra*), religiosas (*religiosa*), y santas (*sancta*).

Desde el establecimiento de la religion cristiana son cosas *sagradas* aquellas que han sido solemnemente dedicadas á Dios por los pontífices (*quæ rite per pontifices Deo consecrata sunt*).—La consagracion no puede hacerse por simples particulares ; debe hallarse autorizada por el Emperador.—Las cosas sagradas están separadas del comercio ; sin embargo, una constitucion de Justiniano permite enajenar los objetos muebles consagrados al culto, para el rescate de los cautivos ó para alimentar á los pobres en tiempos de hambre.

Son cosas *religiosas* los lugares destinados á depositar los despojos de los muertos.—Cualquiera por la inhumacion puede hacer religioso un terreno de que sea propietario, ó tenga el consentimiento de cualquier persona que en él tenga derecho de propiedad, de co-propiedad, de usufructo, de uso ó de servidumbre ; en otro caso, el terreno no se hace religioso.—Las cosas religiosas están

separadas del comercio de los hombres, y su profanacion se castiga civil y criminalmente.

Las cosas *santas* son aquellas que no son ni sagradas ni profanas, pero que se hallan protegidas por una sancion penal (*quæ neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam sunt confirmata*), tales como las leyes, las murallas y puertas de las ciudades.—Estas cosas son en cierto modo de derecho divino (*quodammodo divini juris sunt*). El nombre de *sancta* lo toman del verbo *sancire, santum*, sancionar, garantir.

Las cosas se dividen tambien en las Institutas en cosas corpóreas é incorpóreas. Las primeras son las que existen físicamente y obran sobre nuestros sentidos (*quæ tangi possunt*).—Las segundas, las que sólo existen legalmente y no obran sobre nuestros sentidos (*quæ tangi non possunt*).

Puede decirse de estas últimas que comprenden todo lo que consiste en derechos (*quæ in jure consistunt*), como la herencia, las obligaciones, las servidumbres, etc. Estos derechos pueden considerarse como cosas, porque pueden ser objeto de otros derechos.

Propiedad y otros derechos reales.

Dejando aparte los derechos reales relativos al estado de las personas, ya en la sociedad general, ya en la ciudad, ya en la familia, y considerando únicamente aquellos que tienen por objeto la riqueza material, es preciso contar como tales, en tiempo de Justiniano, la propiedad, la posesion, que á ella se liga íntimamente; las servidumbres, ya personales, ya prediales; los derechos de enfitéusis, de superficie; y en fin, de prenda ó hipoteca.

Propiedad (dominium proprietas).

Bajo la ley de las Doce Tablas no habia más que un solo dominio, el dominio romano, propio sólo de los ciudadanos.—Posteriormente se introdujo una especie de propiedad imperfecta y natural, y se distinguió el dominio romano (*dominium est jure Quiritium*), y el hecho de tener una cosa en sus bienes (*in bonis habere*).—En tiempo de Justiniano sólo existian de nombre estas distinciones, pues una constitucion imperial las suprimió absolutamente, y sólo se reconocia ya una propiedad despojada del carácter especial que le habia impreso el derecho primitivo y semejante á la de los demas pueblos.

La propiedad da sobre la cosa un entero poder (*plenam in re potestatem*); poder de ocuparla, de sacar de ella todos los servicios, todos los productos, todas las ventajas; de modificarla, de dividirla, de enajenarla y áun de destruirla.

Distínguense sobre todos estos derechos, como si comprendiesen con corta diferencia todos los demas ó al ménos los principales: el *jus utendi*, ó el derecho de sacar todos los servicios; el *jus fruendi*, el de percibir los frutos; el *jus abutendi*, el de disponer de la cosa, ya enajenándola, ya destruyéndola; en fin, el *jus vindicandi*, el de vindicar la cosa de las manos de todo detentador, último derecho, que no es más que la sancion de los demas.

De esto ha procedido la definicion generalmente adoptada por los comentadores: *dominium est jus utendi, fruendi et abutendi, quatenus juri ratio patitur.*

Muchos de los derechos que componen el dominio pueden aislarse unos de otros, y áun pertenecer por fragmentos á diferentes personas; pero se considera siempre como propietario á aquel á quien toca el derecho de disponer de la cosa.

Posesion (possessio).

Es preciso distinguir con cuidado la posesion puramente física de la posesion legal.

La posesion física (*nuda detentio*, *naturalis possessio*, *corporalis possessio*) no es más que un hecho, es la detencion, la ocupacion real de una cosa. Este hecho, sin embargo, no deja de tener alguna influencia en el derecho.

La posesion legal (*possessio*) no es solamente un hecho, sino tambien un derecho. La componen dos elementos: el hecho y la intencion. Hay hecho legal de posesion siempre que la cosa está de un modo cualquiera á nuestra disposicion. La intencion consiste en la voluntad de poseer la cosa como dueño.

La posesion produce, segun las circunstancias, diferentes ventajas. — Da la propiedad, ya de las cosas *nullius* de que uno se apodera primero, ya de las cosas que el dueño quiere enajenar en vuestro favor; hace ganar en ciertos casos los frutos consumidos, y tambien adquirir al cabo de un tiempo determinado la propiedad de las cosas que pertenecen á otro; da el derecho de detener la cosa hasta que alguno haya probado ser propietario de ella; en fin,

se puede proceder en justicia para conservar ó para hacerse devolver su posesion.

Muchos de los derechos que engendra la posesion pueden aislarse unos de otros y ser otorgados á diferentes personas ; pero se considera siempre como poseedor á aquel en cuyo nombre detienen las demas.

Tocante á los objetos incorpóreos, hay no una *posesion*, sino una *cuasi-posesion*, compuesta tambien de dos elementos : el hecho de tener á su libre disposicion el ejercicio del derecho, y la intencion de ejercer este derecho como dueño.

Acciones relativas á la posesion ó á la propiedad.

Los derechos de posesion ó de cuasi-posesion son reclamados ó protegidos por medio de interdictos (*interdicta*), que despues de la supresion del procedimiento por fórmulas llegaron á ser verdaderas acciones. Los interdictos en tiempo de Justiniano se dividen, en lo concerniente á la posesion, en tres clases : interdictos para adquirir, para conservar ó para recobrar la posesion, á los que se añadia en otro tiempo una cuarta clase : interdictos dobles, es decir, tanto para adquirir como para recobrar la posesion.

Los derechos de propiedad daban lugar á las acciones reales (*actiones in rem*), de las que existian muchas especies, entre las que debe notarse la vindicacion propiamente dicha (*rei vindicatio*). El demandante, en estas acciones, sostiene que le pertenece una cosa corpórea ó incorpórea.

Medios de adquirir la propiedad de objetos particulares.

Las Institutas distinguen los medios de adquirir por universalidad (*per universitatem*), y los de adquirir objetos particulares (*singulas res*).

En la adquisicion por universalidad, no sólo se adquiere un derecho de propiedad , sino tambien una masa universal de derechos y encargos de toda especie , propiedades, derechos reales de todos géneros, créditos y obligaciones. En una palabra, hay sucesion, es decir, reemplazo de una persona por otra, en un conjunto de derechos.— Esta materia se dilucida más adelante.

Aquí sólo tratamos de los medios de adquirir la propiedad de objetos particulares.

Estos medios se distinguen en medios del derecho de gentes, y medios del derecho civil.—En la primera serie, en la época de Justiniano, se colocan sin titubear los medios de adquirir naturales ó del derecho de gentes.

Medios de adquirir del derecho de gentes.— Ocupacion.

Al frente de estos medios, las Institutas tratan de la *ocupacion.*

Se hace una persona propietaria por ocupacion, cuando es la primera que adquiere la posesion de una cosa *nullius.*

Es, pues, necesario : 1.° Que la cosa que puede caer bajo el patrimonio del hombre, no sea de nadie; como los animales salvajes, sus productos, los productos del mar ó de sus costas, las islas nacidas en el mar, los enemigos y las cosas de los enemigos, los objetos que el propietario ha abandonado porque no los quiere ya, etc. Es preciso, 2.°, que se haya adquirido la posesion legal de esta cosa, lo que exige, como sabemos, el hecho de que esta cosa se halle por un medio cualquiera en nuestro poder, y la intencion de mantenerla en él.

Por lo demas, es indiferente que la cosa haya sido cogida en terreno propio ó en ajeno.

La propiedad producida por la ocupacion de una cosa *nullius* cesa desde que esta cosa vuelve á entrar en su estado natural.

Accesiones (accesiones).—*Confusion de cosas que pertenecen á diferentes propietarios.—Confeccion de objetos nuevos.—Frutos.*

El hecho que se produce cuando una cosa viene á reunirse, á incorporarse como dependencia, como parte subordinada á otra cosa principal, ó absorbida por ella, trae consigo consecuencias de derecho que importa examinar, y que presentan á veces una verdadera adquisicion, y con más frecuencia, los efectos del derecho de propiedad, el consumo de la cosa de otro, y arreglos de indemnizacion para el que se halla por esto privado de su cosa. Los comentadores han designado este género de hechos con el nombre genérico de accesion, y han hecho de ella una manera especial y particular de adquisicion del derecho de gentes. Esta palabra no ha recibido en el derecho romano el citado sentido; designa la cosa

reunida como accesoria, y no el hecho de la reunion. Las Institutas aducen sucesivamente muchos ejemplos que se refieren á este género, pero sin abrazarlos bajo una denominacion general.

La accesion es, segun opinion incontestable, á nuestro modo de ver, de casi todos los autores, un verdadero medio natural de adquirir respecto de las cosas que no pertenecen á nadie, ó sobre las que nadie puede hacer reconocer un derecho de propiedad. Tales son, por ejemplo, los palomos, las abejas y otros animales que vayan á reunirse á un palomar ó á una colmena : tales son tambien los aluviones, los diferentes despojos arrastrados por la corriente de un rio y arrojados ó depositados en una tierra. Los romanos, en nuestro concepto, ponian en igualdad de caso las islas nacidas en los rios, y el cauce abandonado por éstos ; casos con los que es necesario no confundir el de inundacion, ó de terrenos que pueden reconocerse y que han sido llevados y trastornados con violencia por efecto del impulso de las aguas ó de otro choque cualquiera. —Bajo este punto de vista, la accesion es un medio de adquirir, que obra sobre las cosas *nullius* , casi lo mismo que la ocupacion.

La accesion era tambien entre los romanos un medio de adquirir áun la cosa de otro, aunque esta cosa conserve su existencia y sea perfectamente reconocible por el propietario, en algunos casos excepcionales y raros, especialmente en el de la *ferruminatio*.

En la mayor parte de los demas casos, sólo es la absorcion, el consumo, la destruccion, ya irremediable, ya remediable, de la cosa de otro; acontecimiento que sólo deja al propietario, cuya cosa ha sido destruida, un derecho de indemnizacion.

Respecto de los frutos, sólo hay los efectos legales de la propiedad ó de la posesion.

Entre los ejemplos que citan las Institutas deben tenerse en consideracion el que distingue los casos en que uno ha formado una nueva especie con la materia de otro, y aquel en que ha habido confusion de cosas líquidas. En el primer caso, el carácter esencial consiste en que la materia empleada se halla transformada en un objeto nuevo, y esto por la industria del operario; la causa de adquisicion de la propiedad del nuevo objeto es en este caso la *creacion*. En el segundo, la confusion no ha producido ningun objeto nuevo, ó lo ha producido casualmente; el derecho que resulta de la creacion no se encuentra, por consiguiente, ni en una de las partes ni en la otra; hay copropiedad de ellas.

El que se refiere á las construcciones hechas por alguno en su terreno con materiales ajenos, ó sobre el terreno ajeno con materiales propios; y la prohibicion emanada de las Doce Tablas, de hacer demoler las obras, ya por la vindicacion, ya por la accion *ad exhibendum*, á fin de que la ciudad no se desfigure con las ruinas (*ne ruinis urbs deformetur*).

En fin, la diferencia entre la escritura considerada como accion del papel ó del pergamino, y la pintura como cosa principal con relacion al lienzo.

Aunque por regla general los frutos de un fundo pertenecen al propietario como producto de su cosa, no obstante, el poseedor de buena fe tiene dos ventajas muy distintas en cuanto á estos frutos; la primera es la de ser considerado como propietario de todos los frutos, de cualquier clase que sean, desde que se levantan del suelo; y la segunda es la de no deber al dueño del fundo ninguna cantidad por los frutos consumidos.

Hallazgo de tesoros.

El tesoro tiene en el Digesto esta definicion: *Vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* Se concede la mitad al que hizo el hallazgo, y la otra mitad al propietario del terreno.

Tradicion (tradictio).

Por regla general, entre los romanos, las convenciones tienen por efecto obligar á las partes contratantes á cumplir sus promesas, pero no transferir la propiedad. Para producir este efecto en cumplimiento de la convencion, es preciso reunir en favor del que adquiere, la *posesion legal* y la voluntad del propietario capaz de enajenar. De lo que resulta que si el que adquiere no tiene la posesion, es preciso entregársela.

Se llama *tradicion* la entrega de la posesion.—Puede entregarse ó sencillamente la posesion física, y entónces hay tradicion corporal (*nuda traditio*); ó la posesion propiamente dicha, y entónces hay tradicion propiamente dicha.

El solo hecho de la tradicion corporal no transfiere la propiedad, si no ha procedido de una justa causa. — Por causa justa se entiende un contrato, ó un hecho cualquiera que lleva consigo

como consecuencia la voluntad de transferir la propiedad, por ejemplo, una venta, un cambio, una donacion. — Por lo demas, este hecho puede ser el resultado de un engaño, puede haber mala inteligencia entre las partes, dando la una por una causa, y la otra recibiendo por otra causa; basta que haya traido la voluntad de transferir la propiedad.

Las reglas acerca de este modo de adquirir son: — Que la cosa haya sido puesta de un modo cualquiera á la disposicion del que adquiriese; — que haya sido entregada y recibida con intencion de transferir la propiedad, en cuyo caso hay tradicion de la posesion legal; — pero para que la propiedad sea en el instante transferida se necesita ademas que esta tradicion se haga por el propietario, teniendo éste capacidad para enajenarla.

A veces la sola voluntad de las partes transfiere la propiedad: 1.° Cuando la cosa se halla físicamente en poder del que la adquiria. 2.° Cuando las partes convienen en que el propietario que enajena la cosa la retenga á préstamo, en usufructo, en depósito, etc. 3.° Cuando el que adquiere tenía ya la posesion legal; pero en estos casos sucede así porque la posesion legal existia ya, ó porque la sola voluntad bastaba para darla.

Por lo demas, hay medios civiles de adquirir sin que haya posesion, y recíprocamente, sin que haya volundad del propietario. Los verémos en adelante.

No hay para qué distinguir muchas especies de tradicion, aunque ésta puede hacerse de muchas maneras.

Como respecto de las cosas incorpóreas no puede existir más que una *cuasi-posesion*, tampoco puede haber más que una *cuasi-tradicion*.

Medios de adquirir objetos particulares segun el derecho civil.— Usucapion (usucapio), *y prescripcion* (præscriptio).

El texto se ocupa en primer lugar de la *usucapion* y de la *prescripcion*.

Se diferenciaban en otro tiempo en que la usucapion era de derecho civil, y aplicable á los muebles en todos los países, y sólo á los inmuebles en Italia; la prescripcion, de derecho pretoriano y aplicable á los inmuebles de las provincias.

La primera tenía lugar por un año para los muebles y por dos

para los inmuebles; la segunda, por diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

La usucapion era un medio de adquirir; la prescripcion un medio de librarse, una especie de excepcion para rechazar la accion del propietario.

La una daba el dominio de la cosa con las cargas de prenda ó de hipoteca con que se hallaba gravada; la otra servia para rechazar no sólo al propietario, sino áun á los acreedores que no hubiesen ejercitado sus derechos.

La usucapion no era interrumpida por la accion, y continuaba durante el litigio; la prescripcion se interrumpia por lo que se llamaba la *litis contestatio*.

Justiniano las confunde y modifica una por otra; quiere que en todos los países se adquieran los muebles por tres años de uso, y los inmuebles por diez años entre presentes y veinte entre ausentes. *Uso* en esta materia se toma por *posesion*.

No son susceptibles de adquirirse por el uso: los hombres libres; las cosas fuera del comercio, sagradas ó religiosas; los esclavos fugitivos; las cosas robadas, en virtud de la ley de las Doce Tablas y de la ley Atinia; los inmuebles invadidos con violencia, en virtud de la ley Julia y Plautia, hasta que el vicio que resulta de la huida, del robo ó de la violencia sea purgado por la vuelta de los objetos á manos del propietario; las cosas del fisco, exceptuándose los bienes vacantes que áun no le hayan sido denunciados; los inmuebles de las iglesias; los bienes de los menores de 25 años, y áun algunos otros.

Las condiciones necesarias para la adquisicion por uso son:

1.° La *posesion civil*.

2.° Una *justa causa* de esta posesion (*justa causa, justus titulus*). —Se llama así un contrato ó un hecho cualquiera conforme al derecho, por consecuencia del cual ha sido recibida ó tomada la posesion con el objeto de adquirir la propiedad; hay justa causa de posesion cuando se posee, por ejemplo, *pro emptore, pro donato, pro dote, pro soluto, pro derelicto, pro legato, pro suo;*—á pesar de esta justa causa, puede la propiedad no haber sido adquirida inmediatamente por algun obstáculo que proceda, ya del que ha recibido, ya de la cosa.

3.° La buena fe, que tiene lugar cuando el poseedor ignora completamente el vicio de su adquisicion, debe provenir de un

error de hecho y no de derecho; es menester, ademas, que el error no sea craso; y por lo demas la buena fe sólo se exige al principio de la posesion; sin embargo, para la venta se necesita que haya existido en el momento del contrato y en el de la tradicion; es una cuestion controvertida saber si cuando hay buena fe sin que la posesion se halle realmente fundada en una justa causa, puede tener lugar la usucapion: el texto la decide negativamente; sin embargo, se hallan en el Digesto algunas excepciones de esta decision.

4.° La cuarta condicion es el *tiempo requerido:* este tiempo se cuenta por dias, y no por horas.

A veces el tiempo de un primer poseedor se reune al de su sucesor; esto tiene lugar tanto para los sucesores que continúan la personalidad del difunto á quien han sucedido *pro herede, pro possessore*, cuanto para los sucesores que no continúan dicha personalidad, como, por ejemplo, los que han recibido á título de venta, donacion, legado, etc.; con la diferencia de que el heredero y el poseedor de bienes no adquieren sino cuando el difunto adquiria, cualquiera que sea, por otra parte, su buena ó mala fe personal, miéntras que los sucesores particulares adquieren ó no adquieren segun que son ellos de buena ó de mala fe, y cualquiera que fuese por lo demas la opinion de su autor; por manera que en este último caso no se juntan los tiempos sino cuando el autor y el poseedor han poseido ambos útilmente.

La prescripcion, lo mismo que la usucapion, ya para los muebles, ya para los inmuebles, produjo en tiempo de Justiniano la propiedad. En cuanto á los derechos de servidumbre ó prenda, se extinguen si la cosa ha sido poseida como libre.

La interrupcion de la adquisicion por el uso se llamaba entre los romanos *usurpàtio*.—Tenía lugar naturalmente cuando por robo, por violencia, por inundacion, por cautiverio, y en fin, por un hecho cualquiera, el que poseia perdia la posesion; ó bien cuando el verdadero propietario llegaba á obtener la cosa áun á título de empeño de arrendamiento.—La interrupcion civil tenía lugar en tiempo de Justiniano por la accion del verdadero propietario.

Hay algunas otras prescripciones, como la que se llama *longissimi temporis*, que se verifica á veces por treinta y cuarenta años; sólo era en otro tiempo un medio de libertarse, pero en tiempo de Justiniano llegó á ser en muchos casos un medio de adquirir.—Tal

era tambien la prescripcion particular introducida para las enajenaciones del fisco, de que habla el texto.

El poseedor tiene por garantía de sus derechos, ántes que se acaben la usucapion ó la prescripcion, los interdictos posesorios para conservar la posesion de que goza, y áun si por algun acontecimiento llega á perderla, la accion publiciana (*publiciana in rem actio*) para vindicar la cosa, como si ya la hubiese prescrito. Despues que la usucapion ó la prescripcion hayan acabado, tiene todas las acciones ó excepciones que resultan de la propiedad.

Legado (legatum).

El legado es un medio civil de adquirir la propiedad sin la necesidad de ninguna tradicion y por el solo efecto del derecho.—Pero como esta materia se liga íntimamente á la de los testamentos, se halla en las Institutas colocada más adelante y tratada sólo como apéndice de las herencias testamentarias.—Siendo el fideicomiso en tiempo de Justiniano asimilado en sus efectos á los legados, debia en la época indicada contarse tambien en el número de los medios civiles de adquirir.

Donacion por causa de muerte (mortis causa donatio).—*Y por ocasion, donacion entre vivos* (donatio), *dote* (dos), *donacion por causa de nupcias* (propter nuptias).

La donacion por causa de muerte (*mortis causa donatio*) es, como el legado, un medio civil de trasladar, sin tradicion y por el solo efecto del derecho, la propiedad de una persona á otra.—Las demas donaciones no son medios, sino sólo causas legítimas de adquisicion, es decir, que por sí mismas no transfieren la propiedad, sino que sirven de causa á la traslacion que debe hacerse.—Las Institutas sólo tratan aquí de esto accidentalmente y sin que sea su propio lugar.

La palabra *donatio*, en su etimológica acepcion, significa rigurosamente una traslacion de propiedad (*datio*) hecha por liberalidad (*dono*). Expresaba en su orígen el hecho de esta traslacion, y no un medio de verificarla ó de obligarse.

Se llamaba donacion por causa de muerte la que iba subordinada á la condicion del fallecimiento.

La muerte de que se trata puede ser ó general de cualquier manera y en cualquier tiempo en que suceda, ó especialmente prevista, en tal ó cual circunstancia.—Aun puede referirse á la muerte de una tercera persona.

La donacion puede estar subordinada á ella de dos maneras diferentes : ó bien de tal modo que no existiria si la muerte no se verificase, y sólo en el tiempo de la muerte, ó bien de tal modo que exista al momento, pero que deba devolverse si no ocurre la muerte indicada ántes.

Sus efectos varian segun que se trata del primero ó del segundo de estos casos. La donacion por causa de muerte no es verdaderamente y por sí misma un medio de adquirir, sino en el primero.

La donacion por causa de muerte debe hacerse ante cinco testigos, con el consentimiento del donante y del donatario.

Es revocable.

Tiene grandes analogías, pero tambien grandes diferencias con los legados.

No debe confundirse con lo que se llamaba adquisicion por causa de muerte (*mortis causa capio*).—La donacion entre vivos en el primitivo derecho no era un contrato ni una convencion obligatoria.—La palabra donacion no designaba aún la convencion de donar, sino el acto mismo de donar, el cual sólo se verificaba por uno de los medios ordinarios de transferir la propiedad.—Hasta entónces, y por efecto de la sola convencion, no habia ni adquisicion ni obligacion.

La convencion de donar, por efecto de las constituciones imperiales, ha variado sucesivamente de carácter.—Justiniano quiso que este género de convencion fuese obligatorio lo mismo que la venta.—Pero la propiedad sólo se transfiere por la tradicion. La donacion entre vivos, así entendida, no es un medio de adquirir.

Debe extenderse por instrumento público, salvas algunas excepciones.

Es irrevocable, á no ser por causa de ingratitud ó por sobrevenir hijos, pero sólo en un caso particular.

En muchos puntos importantes se diferenciaba de la donacion por causa de muerte.

Las donaciones se hallaban prohibidas entre los cónyuges durante el matrimonio.—Sin embargo, desde un senado-consulto expedido en tiempo de Caracalla no fueron radicalmente nulas,

sino sólo revocables por la voluntad del donante, y quedaban confirmadas si el donante moria sin haber hecho la revocacion.

Existe una correlacion entre la donacion por causa de nupcias por parte del marido, y la dote por parte de la mujer.

La dote se define : todo lo que por parte de la mujer se lleva al marido para sostener las cargas del matrimonio.

En los primitivos tiempos este género de convencion no se hallaba en el número de los contratos : se efectuaba por la traslacion inmediata de la propiedad ; á falta de aquélla no se podia hacer obligatoria sino por la estipulacion ó por la diccion de dote. Algunas constituciones imperiales la declaran obligatoria por sí misma.

Muy desde luégo se permitió constituir la dote, no sólo ántes, sino áun durante el matrimonio.

El marido era propietario de los bienes dotales durante el matrimonio, pero con la obligacion de restituirlos al tiempo de su disolucion, en la misma cantidad y calidad respecto de las cosas fungibles ó apreciadas en el contrato, é idénticamente respecto de las demas cosas.

Los inmuebles dotales no eran inenajenables al principio : el marido podia enajenarlos ó empeñarlos con consentimiento de la mujer.—La ley Julia empezó por prohibir la hipoteca, y Justiniano la enajenacion : desde entónces principió su *inenajenabilidad.*

La donacion *ante-nupcias* se puso en uso posteriormente á la dote. Sólo podia hacerse ántes de las nupcias, porque las liberalidades estaban prohibidas entre esposos.

Se hacía por parte del marido á la mujer, por analogía, y en cierto modo por compensacion á la dote. Esta especie de compensacion consistia : en que la donacion ante-nupcial estaba destinada, como la dote, á sostener las cargas del matrimonio ; los bienes que la componian estaban, lo mismo que el fondo dotal, exentos de las reclamaciones de los acreedores, y á semejanza de la dote, se restituia al fin del matrimonio.

El marido, en ciertos casos, incurria en la pérdida de su donacion, lo mismo que la mujer, en iguales circunstancias, en la pérdida de su dote.

La mejora que uno de los esposos habia hecho al otro, en caso de supervivencia, sobre la dote ó la donacion, era recíproca : segun una constitucion de Leon y Antemio, debia haber en estas mejoras igualdad proporcional : segun Justiniano, igualdad numérica.

Justino permitió aumentar y Justiniano constituir esta donacion durante el matrimonio.—Desde entónces, en vez de llamarse *ante nuptias*, se llama *propter nuptias*.

En la donacion á causa de muerte, sobordinada condicionalmente al fallecimiento, el donatario tiene desde el cumplimiento de esta donacion la accion real (*rei vindicatio*) para reclamar la cosa dada, pues la propiedad de ella le es transferida por el solo efecto del derecho.

En la donacion por causa de muerte, inmediata, pero que puede devolverse si no tiene lugar la muerte, si el donante quiere revocar y recobrar su libertad ántes del acontecimiento, tiene regularmente, segun los principios del derecho estricto, la *condictio* para hacerse dar la propiedad de ella por el donatario; la jurisprudencia, ademas, le ha concedido por extension una *vindicatio* útil para reclamar la cosa como si no la hubiese enajenado. Igualmente si es el suceso previsto, es decir, el caso de continuar viviendo el que ha resuelto la donacion al cumplirse, tiene el donante la *condictio quasi re non secuta*, para hacerse devolver la cosa, y ademas, por una extension útil, la *rei vindicatio*.

Las donaciones entre vivos que no se han verificado por la tradicion dan al donatario, para hacerse entregar los objetos dados, la *condictio certi*, ó la accion *ex stipulatu*, si ha habido estipulacion; y la *condictio ex lege*, si sólo ha habido una simple convencion.

Justiniano derogó esta legislacion:—el esclavo era manumitido, y los dueños que no habian consentido, indemnizados.

Derecho de acrecer (jus adcrescendi) *suprimido en tiempo de Justiniano.*

Cuando un esclavo pertenecia en comun á muchos dueños, la manumision hecha por uno ó algunos de estos dueños, de tal manera que hubiese debido hacer al manumitido ciudadano romano, si hubiese sido manumitido por todos, bastaba á los que no habian manumitido, y constituia para ellos un modo particular de adquirir conocido con el nombre de derecho de acrecer (*jus adcrescendi*).

Pérdida de la posesion ó de la propiedad.

La posesion legal se pierde por el hecho ó por la intencion.—Por el hecho, cuando la cosa deja de estar á disposicion nuestra.

—Por la intencion, cuando está establecido que ya no queremos poseer. Pero la sola ausencia no hace perder la posesion, porque no impide que la cosa no esté á nuestra libre disposicion.

La propiedad se pierde principalmente : cuando el que la tiene pierde la capacidad de ser propietario ; cuando la cosa perece ó sale del patrimonio de los hombres; cuando se transfiere la propiedad á otro; cuando el dueño desecha la cosa porque ya no la quiere.

Servidumbres en general (servitutes), *servidumbres reales ó prediales* (rerum ó prædiorum).

Las servidumbres consideradas bajo el punto de vista del que las disfruta, son desmembraciones, fracciones más ó ménos importantes del derecho de propiedad ; bajo el punto de vista del que las sufre, son modificaciones, alteraciones de la propiedad.

Llámaseles derechos (*jura*), porque consisten en ciertos derechos sobre la cosa de otro ; servidumbres (*servitutes*), porque son como una sujecion de la cosa, sometida á ella.

Divídense en reales ó prediales (*rerum*, *prædiorum*), y personales (*personarum* ó *personales*), segun que hayan sido creadas para aumentar la utilidad de una cosa, ó por la ventaja individual de una persona.

Muchos principios les son comunes : 1.° Todos son derechos reales sobre la cosa de otro.—2.° Nadie puede tener servidumbre sobre su propia cosa (*nemini res sua servit*).—3.° Consisten, ya en sufrir, ya en no hacer, pero nunca en hacer.—4.° No puede establecerse servidumbre sobre una servidumbre (*servitus servitutis esse non potest*).—5.° No pueden ser poseidas ; pero respecto de las que consisten en sufrir, se ha admitido una cuasi-posesion.

Las servidumbres prediales sólo tienen por objeto cosas inmuebles.

Pueden consistir, ya en sufrir, ya en no hacer.

Se las considera como indivisibles.

Se distinguen en servidumbres de herencias rurales, servidumbres de herencias urbanas (*rusticorum vel urbanorum prædiorum*).

Por herencia rural, cuando se trata de apreciar la naturaleza de las servidumbres, es preciso entender el *suelo* ; por herencia urbana la *superficie*, lo que está elevado sobre el suelo, en cualquiera lugar, en la ciudad ó en el campo. Por lo demas, las servidumbres

no toman su cualidad ni de la heredad dominante, ni de la heredad sirviente, sino de su propia naturaleza; las que existen por el suelo (*quæ in solo consistunt*) son servidumbres de heredades rurales; las que consisten en superficie, esto es, cuya existencia trae consigo necesariamente la idea de superficie, de construcciones sobre el suelo (*quæ in superficie consistunt*), son servidumbres de heredades urbanas.

Estas últimas tienen un carácter de continuidad que por lo general no tienen las servidumbres rurales; lo que produce diferencias importantes en la cuasi-posesion de estas servidumbres y en el modo de perderlas por el no uso.

Ademas, las servidumbres rurales eran en otro tiempo *res mancipii*, y las otras *nec mancipii*. Esta distincion se suprimió en tiempo de Justiniano.

Es preciso colocar entre las servidumbres de heredades rurales: —*iter*, cuyo objeto esencial es pasar (*eundi gratia*) :—*actus*, cuyo objeto esencial es conducir, y que tambien comprende el derecho de pasar (*eundi vel agendi gratia*) : —*via*, cuyo objeto esencial es pasar, conducir y servirse del camino para todos sus usos. Las diferencias de anchura en el camino distinguen tambien estos derechos entre sí.

En las servidumbres de heredades urbanas es preciso observar la diferencia que existe entre las servidumbres *oneris ferendi*, et *tigni immittendi; stilicidi recipiendi*, et *non recipiendi; altius non tollendi*, et *altius tollendi; luminum*, et *ne luminibus officiatur*.

Para que pueda existir una servidumbre de heredad, son indispensables dos fundos de una vecindad que baste al ejercicio del derecho; es preciso que la servidumbre tenga alguna utilidad ó algun recreo; desaparece en el momento en que deja de ser útil; en fin, es preciso en general que tenga una causa perpétua.

Bajo la legislacion de Justiniano se establecen las servidumbres, ya como derechos reales, ya al ménos en obligacion :

1.° Por medio de convenciones, lo que debe entenderse, ó por pactos y estipulaciones, ó por pactos consignados en una venta, en una tradicion; ó por la venta misma del derecho de servidumbre.

2.° Por el testamento, ya legando directamente la servidumbre, ya condenando á los herederos á que la sufran.

3.° Por el uso : ninguna servidumbre, al ménos despues de la ley Scribonia, puede ser adquirida por *usucapion;* pero los preto-

res y las constituciones imperiales conceden acciones útiles, interdictos útiles, para hacer mantener en sus derechos á los que disfrutan despues de largo tiempo de ciertas servidumbres, entre las que se colocan principalmente las servidumbres urbanas y los derechos de corriente de agua; no se necesita para esta adquisicion por el uso ningun título, sino un goce que no sea violento, ni clandestino, ni precario; el tiempo no está determinado, debe ser largo, y algunas veces hasta inmemorial, segun las circunstancias y la naturaleza de las servidumbres; es cuestionable si Justiniano lo fijó en diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

4.° Por adjudicacion, en las acciones *familiæ erciscundæ* y *communi dividundo.*

Entre estos diferentes géneros, en tiempo de Justiniano, los pactos consignados en la tradicion, el testamento, el largo uso y la adjudicacion establecen las servidumbres como derechos reales; respecto de los otros pactos y estipulaciones, se controvierte la cuestion; pero creemos que sólo producen una obligacion.

Se extinguen las servidumbres:

1.° Por la pérdida de una de las heredades;

2.° Por la confusion;

3.° Por la entrega que tiene lugar cuando el dueño del fundo dominante ha dejado voluntariamente hacer algun acto contrario á la servidumbre;

4.° Por el no uso, cuyo tiempo fué determinado por Justiniano en diez años entre presentes y veinte entre ausentes; todavía existe una diferencia en esta materia entre las servidumbres rurales y las servidumbres urbanas; es preciso, en lo tocante á éstas, que el dueño del fundo sirviente haya adquirido su libertad (*libertatem usucapere*) por un acto contrario á la servidumbre. No admitimos el dictámen de los que creen que Justiniano ha exigido esta condicion áun para las servidumbres rurales.

Finalmente, hay algunos otros modos de extincion ménos interesantes.

Servidumbres personales (personarum). — *Usufructo, uso, habitacion, derecho á los trabajos de un esclavo.*

Las servidumbres personales pueden tener por objeto lo mismo cosas muebles que inmuebles.

Siempre consisten en sufrir.

No todas son indivisibles; el usufructo se considera como capaz de division, y el uso como indivisible.

Defínese el usufructo: *jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*

El *jus utendi* no es el derecho de tomar los frutos, circunscrito por la necesidad, sino un derecho distinto, que consiste en sacar de la cosa toda la utilidad que puede dar de sí, sin tomar ningun producto de ella, ni alterar su sustancia.

El *jus fruendi* da el derecho de percibir todos los productos que están colocados en la clase de los frutos, ya naturales, ya civiles, porque el usufructuario puede alquilar, vender ó ceder gratuitamente el ejercicio de su derecho.—No se hace propietario de los frutos sino cuando los percibe, ó alguno en su nombre; respecto de los frutos civiles, los adquiere dia por dia, al ménos que no sean la representacion de los frutos naturales; en este último caso no los adquiere si no está hecha la recoleccion.

El usufructuario debe disfrutar como un buen padre de familia, sin alterar la sustancia (*salva substantia*); por la palabra sustancia debe entenderse aquí lo principal, el carácter esencial en el modo de ser de la cosa. — Debe dar satisdacion por garantía de sus obligaciones.

Se establece el usufructo:

1.° Por pactos y estipulaciones: es preciso referirse acerca de esta materia á lo que se ha dicho de las servidumbres prediales.

2.° Por legados: debe observarse que en esta especie de legados no se distingue el momento en que se ha fijado el derecho eventual (*dies cedit*), del en que se terminó (*dies venit*); si el legatario muere ántes del vencimiento del plazo, nunca ha tenido derecho.

3.° Por adjudicacion.

4.° En ciertos casos por la ley.

Respecto del uso ó posesion, nunca pudo en el derecho antiguo hacer adquirir un usufructo; es una cuestion muy debatida la de si Justiniano la ha admitido como productora de este efecto al cabo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

El usufructo se extingue:

1.° Por la muerte del usufructuario;

2.° Por sus disminuciones de cabeza: en otro tiempo las tres, y en tiempo de Justiniano sólo la grande y la mediana;

3.° Por el no uso: segun Justiniano durante tres años para los objetos muebles, y durante diez ó veinte años para los inmuebles; no adoptamos el parecer de los que opinan que Justiniano cambió no sólo el *tiempo*, sino tambien el *modo* de la extincion por el no uso.—Debe advertirse que el usufructo *in singulos annos*, *vel menses, vel dies*, no puede extinguirse por este medio;

4.° Por la cesion al mero propietario;

5.° Por la consolidacion;

6.° Por el cambio en la sustancia de las cosas, y tambien por algunos otros medios.

Un usufructo extinguido se reune á la mera propiedad; pero sólo cuando esta extincion es total.

Un senado-consulto posterior á Ciceron permitió legar una especie de usufructo sobre las cosas de consumo.

Aquel á quien se concede este derecho, recibe las cosas en toda propiedad, pero da satisdacion de restituirlas en la misma cantidad y calidad al final del usufructo; y con más frecuencia aún de restituir su valor.

La muerte ó las disminuciones de cabeza, el término ó la condicion son casi los únicos medios que extinguen esta especie de usufructo, llamado por los comentadores, segun algunas expresiones de los textos, *cuasi-usufructo*.

El uso es el derecho de sacar la utilidad y los servicios de la cosa de otro, sin percibir ningun producto de ella y sin alterar su sustancia.

Segun el derecho estricto, el usante tiene todo el uso, exceptuando el indispensable al cultivo y á las cosechas; pero no puede sacar ningun producto, ni alquilar, ni vender, ni ceder gratuitamente el ejercicio de su derecho. Algunas interpretaciones favorables han modificado en ciertos casos estas restricciones, segun la naturaleza de las cosas ó segun la intencion de las partes. Es preciso aplicar sucesivamente estos principios al uso de un fundo, de una casa, de un rebaño, etc.

El uso se constituye y se extingue como el usufructo.

El dominio puede desmembrarse de tal manera, que el uso pertenezca á uno, los frutos á otro y la mera propiedad á un tercero.

La habitacion se coloca por Justiniano en el número de las servidumbres personales: al principio no se consideraba como tal; se diferencia por su naturaleza de las servidumbres, en que no es un

derecho único, una desmembracion del dominio, sino sólo una ventaja cotidiana, concedida y adquirida dia por dia al legatario; ventaja que por consiguiente no perece, ni por el no uso, ni por la pequeña disminucion de cabeza : en tiempo de Justiniano se asemejaba sólo en sus efectos al usufructo.

Lo mismo sucede respecto del derecho á los trabajos de un esclavo (*jus operarum servi*), que, ademas de lo que acabamos de decir de la habitacion, se diferencia todavía más de las servidumbres personales, en que es trasmisible á los herederos y continúa miéntras vive el esclavo.

Acciones relativas á las servidumbres.

La cuasi-posesion de las servidumbres se halla protegida por los interdictos *uti possidetis*, *utrubi* y *unde vi*, no directos, sino útiles. —Hay tambien, respecto de ciertas servidumbres rurales, algunos interdictos especiales para proteger la cuasi-posesion de ellas, cuando no es ni violenta, ni clandestina, ni precaria y dura un año.

Para la vindicacion de las servidumbres personales ó prediales existen dos acciones reales : la accion confesoria y la accion negatoria. La primera para vindicar una servidumbre en el ejercicio de la cual ha sido uno turbado, y para sostener que tiene uno esta servidumbre : la segunda para vindicar una servidumbre que alguno impone ó quiere imponer sobre cosa nuestra, y para sostener que esta fraccion del dominio nos pertenece y que no se halla segregada de nuestro dominio.

Estas acciones reales tienen de particular que pueden intentarse aunque sea uno poseedor.

En fin, en ciertos casos puede haber acciones personales relativamente á servidumbres.

Enfitéusis (emphyteusis).

Como derecho real es la enfitéusis una fraccion particular y ámplia de la propiedad, que da á aquel á quien se atribuye el derecho de obtener toda la utilidad, todos los productos de la cosa de otro, de hacer en ella todas las modificaciones que le parezcan, con tal que no la desmejore, y áun de disponer de ella, transfiriendo su derecho á otro. —La duracion de este derecho es indefinida ; pasa hereditariamente á los sucesores testamentarios ó *abintestato*.

Este derecho no aparecia nunca entre los romanos, sino con la obligacion principal impuesta al enfiteuta de pagar al propietario una renta periódica (*pensio, canon*). La convencion relativa á su establecimiento forma un contrato particular, obligatorio por el solo consentimiento de las partes.—Pero el derecho real sólo se constituye por la *cuasi-tradicion*.

Para la proteccion de su derecho real tiene el enfiteuta las mismas acciones que un verdadero propietario, pero sólo como acciones útiles.

Superficie (superficies).

El derecho de superficie (*jus superficiarum*) es un derecho real de establecimiento pretoriano.—Es un derecho análogo en sus efectos al de enfitéusis, pero concedido únicamente por el propietario de un terreno sobre toda construccion hecha en dicho terreno.

Esta concesion puede hacerse gratuitamente ó á título oneroso, y con la carga de pagar, ya un precio abonado una sola vez, ya una renta periódica (*solarium pensio*).

La convencion sólo puede tener lugar de un modo obligatorio, en la forma y segun las reglas de los contratos ordinarios.—Pero el derecho real sólo se constituye por la cuasi-tradicion.

El superficiario tiene, como el enfiteuta, pero sólo en cuanto á la superficie, y á título de acciones útiles, las mismas acciones que un propietario.

Prenda ó hipoteca (pignus ó hypotheca).

Las palabras de prenda ó hipoteca, en cuanto al derecho real que designan, son enteramente sinónimas, sin que exista bajo este aspecto ninguna diferencia de una á otra.

Este derecho real es un derecho de garantía sobre una cosa afectada al pago de una deuda.—Da al acreedor prestamista ó hipotecario la facultad : 1.°, de hacer vender la cosa para hacerse pago con el precio ; 2.°, de ser pagado del precio con preferencia á los demas acreedores ; 3.°, de tener un derecho contra los terceros detentadores por garantía y ejercicio de los dos derechos que preceden.

Este derecho real es de invencion pretoriana.—Tiene de particular y de excepcional que la sola convencion basta para establecerlo.

La accion dada al acreedor para el ejercicio de este derecho es una accion pretoriana particular, llamada generalmente accion *cuasi-serviana.*

Personas capaces ó incapaces de enajenar.

Por regla general, para enajenar es preciso ser propietario, y recíprocamente, cuando uno es propietario puede enajenar.

Estas dos reglas tiene cada una sus excepciones.

El marido, segun las disposiciones de la ley JULIA, extendidas por Justiniano, no puede enajenar ni hipotecar el inmueble dotal, ni áun con el consentimiento de la mujer;—pero sólo por la mujer ó por su representante puede alegarse de nulidad.

El acreedor puede vender la prenda, aunque no sea propietario de ella : es verdad que esto sucede por efecto de la convencion celebrada con el deudor.

Un impúbero no puede enajenar.—Si da alguna cosa en *mutuum*, el contrato de préstamo no queda formado : por consiguiente, tiene la *vindicacion* para vindicar la cosa, si existe aquélla todavía; la *conditio certi*, si ha sido consumida de buena fe; y la accion *ad exibendum*, si lo ha sido de mala fe.—Si el impúbero recibe un pago de su deudor, adquiere la cosa, y sin embargo, el deudor no queda libre; pero tiene contra el pupilo la excepcion de dolo hasta lo que éste haya aprovechado. Para que el pago dé al deudor que lo hace *plena seguridad*, se necesita que se haga, no sólo al tutor, sino ademas con permiso del juez.—En cuanto á la cosa dada en pago por el impúbero sin autorizacion, es preciso aplicar á esto lo que se ha dicho de la cosa dada en *mutuum.*

Por qué personas se adquiere.

Se adquiere, no sólo por sí mismo, sino tambien por otras personas.—Es preciso distinguir en este particular la adquisicion de la propiedad de la de la posesion.

Se adquiere la propiedad : por los hijos de familia que se tienen bajo su potestad;—por sus esclavos;—por aquellos de los que se tiene el usufructo ó el uso, y por los esclavos de otro, ó las personas libres que se poseen de buena fe.

Sin embargo, respecto de los hijos de familia hay que hacer distinciones relativas á los diversos peculios.—Estos peculios son

cuatro : el *peculio castrense*, el *cuasi-castrense*, y los que los comentadores han llamado *adventicio* y *profecticio*. La situacion de los hijos de familia, con respecto á sus derechos sobre estos peculios, fué sucesivamente mejorada por las constituciones imperiales, y mucho por Justiniano.

Respecto de las demas personas por las cuales se adquiere tambien la propiedad, es preciso hacer las distinciones que resultan de la extension de los derechos que corresponden al usufructuario, al que recibe en uso ó al poseedor de buena fe.

En todos estos casos y en sus diversos límites se adquiere la propiedad, aunque sin saberlo y contra su voluntad.

En cuanto á la posesion, se adquiere tambien por estas mismas personas y con los mismos límites. Sin embargo, hay la diferencia de que, como sucede á la propiedad, no se adquiere ignorándolo y contra su voluntad; es preciso que tengamos la intencion, y por consiguiente, conocimiento de la posesion tomada en nuestro nombre. — Si se trata, sin embargo, de cosas que corresponden á un peculio, bastan la intencion general de aprovecharse de cuanto á él corresponde, sin que tengamos un conocimiento particular de cada cosa de las que entran en la posesion.

Respecto de las personas que nos son extrañas, nunca adquirimos por ellas la propiedad; — pero podemos adquirir la posesion, y como consecuencia de ella, la propiedad. — Tambien se necesita en este caso que tengamos conocimiento é intencion de la posesion que ellas toman en nombre nuestro. — Sin embargo, si se trata de un procurador nuestro, basta el primitivo mandato, y adquirimos la posesion áun sin saberlo, y áun ántes de que sepamos que nuestro procurador la ha recibido.

Despues de haber expuesto de este modo los medios de adquirir objetos particulares, pasa el texto á la exposicion de los medios de adquirir por universalidad.

DE LAS SUCESIONES Ó ADQUISICIONES POR UNIVERSALIDAD.

Habia casos en que todo el patrimonio de una persona, la universalidad de sus bienes y de sus derechos, pasaba en su totalidad á otra persona, en cuyo caso se verificaba lo que se llamaba sucesion por universalidad (*per universitatem successio*), adquisicion de una universalidad (*per universitatem acquisitio*).

La universalidad transmitida de esta manera comprendia en su totalidad todos los bienes corpóreos é incorpóreos, todos los derechos activos y pasivos, á excepcion únicamente de algunos cuya naturaleza los hacía extinguirse por el efecto mismo de esta sucesion.

El que así adquiria, se hallaba sustituido al antiguo propietario, se llamaba sucesor suyo (*successor*), entraba en su puesto y lugar, sostenia su persona (*personam ejus sustinebat*), es decir, la tomaba en sí y la continuaba.

Las sucesiones por universalidad se verificaban no sólo por los muertos, sino áun tambien en muchos casos por los vivos, los cuales podian ellos mismos ver pasar su patrimonio y su persona jurídica á un sucesor.

Las Institutas tratan primero de las sucesiones universales de los individuos fallecidos, es decir, de las diferentes herencias y de los diversos géneros de adquisicion que á ellas corresponden.

En cuanto á las sucesiones universales de los vivos, fueron casi todas suprimidas por Justiniano. Sin embargo, las Institutas les dedican algunos títulos, aunque muy cortos.

De las herencias.

Para restituir á esta materia el tipo romano que le corresponde, es preciso considerarla en todo el rigor del derecho primitivo.

Que un hijo de familia, que una persona *alieni juris*, muera, es un individuo, es sólo un cuerpo humano el que perece. Su persona se confundia con la del jefe; las cosas sagradas de la familia (*sacra familiæ; sacra gentis*), las cosas profanas, como dominio, obligaciones, acciones, todo residia en la cabeza de aquel jefe; la muerte del hijo no dejaba en esto ningun vacío; la persona no ex-

perimentaba ninguna alteracion, no habia lugar á ningun reemplazo ni sucesion.

Pero que muera un jefe de familia: la persona que representaba, y las cosas sagradas y profanas, dominio, obligaciones, acciones que residian en dicha persona, ¿adónde van á parar? Su muerte ha dejado un puesto vacante, ha causado un vacío en la asociacion; este vacío se llenará; este puesto vacante será ocupado; esta persona se renovará y continuará en otra.

Así es que muere el individuo; pero la persona jurídica es inmortal. Semejante al alma que se desprende del cuerpo para ir, segun expresion de ciertos filósofos, á animar otros seres, así (pero más ciertamente en el órden legislativo romano) la persona jurídica se desprende con el último aliento del moribundo, para pasar á comunicarse á otros individuos. Creacion del derecho civil, no puede perecer por una parte material; sólo causas jurídicas pueden extinguirla y hacerla fenecer.

Pero este reemplazo de un ciudadano fallecido, por otro, la designacion de aquel que debe despues de la muerte de un jefe de familia ocupar su lugar y continuar jurídicamente su persona, lo mismo en las cosas sagradas que en las profanas, no son en la constitucion primitiva de los romanos negocios de derecho privado, sino actos que pertenecen eminentemente al órden religioso y público. La jerarquía de este reemplazo está determinada; la organizacion de esta agregacion política, que se llama familia, no ya natural, sino civil, es su regla y su ley general. Si se quiere destruir esta jerarquía de las agregaciones civiles, ó salir de ella, se necesita una ley particular. El pueblo convocado en el órden primitivo y aristocrático por curias en los comicios curiados (*calata comitia*), tenidos para los actos más importantes del culto religioso, para el colegio de los pontífices, para la inauguracion del rey ó de los flaminos, para la *detestatio sacrorum* (1), es el mismo que decide, que admite á tal ciudadano para que por muerte de tal otro lo reemplace y lo continúe en la asociacion (2). El testamento es una verdadera ley.

Pero traslademonos á los tiempos primitivos. En éstos el pueblo

(1) Aulo Gelio 15. 27. Véase en adelante, § 1.

(2) Véase de dónde viene la regla de que el testamento debe hacerse *uno contextu*, porque si los comicios eran interrumpidos, todo lo principiado era nulo, y era preciso volverlo á principiar.— Véase de dónde procede la que exige que el heredero designado exista y tenga los derechos de ciu-

no es más que un nombre ilusorio, la asociacion aristocrática y patricia lo era todo; de ella dependian los comicios curiados y las cosas sagradas, y á ella es á quien se trata de mantener y perpetuar intacta en sus diferentes agregaciones por voluntad de toda la corporacion. Los plebeyos no eran nada ó muy poco para que pudiesen aspirar en comunidad á formas religiosas y públicas de tanta elevacion; la ley comun debia bastarles, si no de derecho, al ménos de hecho, pues los testamentos dependian de la decision de las curias.

En este caso se presenta en su auxilio un medio ficticio é ingenioso; no se hará el testamento en las curias, pero se venderá su patrimonio por la mancipacion (*familia pecuniaque*, dice la fórmula) (1); y el comprador de este patrimonio (*familiæ emptor*), si no es un heredero, al ménos obtendrá su lugar (*heredis locum obtinebat*) (2). Véase el testamento *per mancipationem*, *per æs et libram;* testamento ficticio hecho para eludir la necesidad de la intervencion de los comicios, y que en su orígen debió ser absolutamente plebeyo.

Posteriormente, cuando los plebeyos hubieron obtenido esta transaccion política, reclamada por ellos tan largo tiempo, una ley uniforme, una ley general escrita y conocida de todos, la ley de las Doce Tablas, de la cual la siguiente disposicion fué considerada como una conquista, como un derecho adquirido por todos los ciudadanos : « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei*, *ita jus esto* » ; palabras interpretadas en el sentido más lato : *legare*, *legem dicere*, *legem condere*, hacer la ley de su herencia (3). De donde se deduce la consecuencia de que las curias no debian intervenir en los testamentos para estatuir legislativamente, con la facultad de consentir en ellos ó de desecharlos, sino sólo para recibirlos y comprobarlos (*teste populo*, dice el párrafo de Teófilo) (4). El tes-

---

dad en el momento que se haga el testamento; pues es preciso que exista y tenga los derechos de ciudad para que los comicios le sean favorables; pero cualquiera que sea su edad ó su sexo, poco importa, porque su presencia en los comicios no era necesaria. La primera de estas reglas ha pasado á nuestro derecho; la segunda no ha tenido en él lugar.—Véase, en fin, lo que explica las particularidades más notables del derecho romano sobre las sucesiones.

(1) Véase más arriba y en adelante los términos de la fórmula.

(2) Gay. 2. p. 103.

(3) « *Verbis legis XII Tabularum his :* UTI LEGASSIT SUÆ REI ITA JUS ESTO, *latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.*» Dig. 50. 16. 120. f. Pomp.—Ulp. Reg. 24. 1. «*Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur.*»—Esta expresion *condere testamentum*, como se dice *condere legem*.

(4) Teof. § 1. y sig.—Así es que yo creo debe resolver la cuestion tan debatida todavía entre los

tamento indirecto *per æs et libram* continuó siendo por otra parte el más frecuente, porque era el más cómodo ; pero admitiendo en su fórmula la expresion de que el ciudadano plebeyo ó patricio ejercia en él un derecho que la ley pública le aseguraba : «*Quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*» (1).

Así el ejercicio de este derecho fué siempre precioso á los romanos, fué la conquista del plebeyo ; una manumision de su posicion inferior ; una de sus nivelaciones con los patricios ; el ciudadano consideró como un honor el usar de este poder público ; de ser el legislador de su herencia (*legem testamenti condere, testamentum condere*), y en las costumbres de los romanos se consideró la muerte *abintestato* como una especie de desgracia ó de mancha en la memoria ; tanto más, cuanto que nada habia que imponer á los herederos de la ley general, á aquel que no se habia escogido por sí mismo ; ninguna obligacion, ninguna disposicion, por mínima que fuese, que poderles afectar.

De esta apreciacion general de la historia podemos ahora pasar á los pormenores del derecho.

En dos sentidos se toma la palabra *herencia:* significa, ó la sucesion, el hecho de suceder á la universalidad de los bienes y de los derechos de un ciudadano difunto (2), ó esta misma universalidad (3). La herencia en este último sentido comprende el patrimonio del difunto, considerado en su conjunto, exceptuando únicamente aquellas cosas que han debido extinguirse por su muerte, cualquiera que sea por lo demas este patrimonio, que consista en objetos corpóreos ó en acciones, solvente ó insolvente, lucrativo ú oneroso.

En el antiguo idioma del derecho, la herencia, el conjunto del patrimonio, se llamaba *familia;* de aquí procedió para el que la re-

---

que piensan que las curias decidian legislativamente sobre los testamentos, y los que creen que sólo prestaban testimonio. Yo distingo las épocas, y esta distincion me parece admisible, á ménos que no se diga que en la ley de las Doce Tablas *legare* sólo designa la ley impuesta al sucesor : dependiendo siempre la eleccion de este sucesor del que debe continuar la persona, de la decision de los comicios, y haciendo ley la voluntad del testador para todas las demas disposiciones, del mismo modo que en el testamento *per æs et libram* constituye la emancipacion el *familiæ emptor;* y la *nuncupatio* declara la ley que el testador impone á este comprador. Véase Gayo 2. § 244. —Ulpiano. 24. 1.

(1) Gay. 2. § 104.—Véase la fórmula más adelante.

(2) «*Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.*» (Dig. 50. 16. 24. f. Gay.)

(3) «*Bonorum apellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac jus successionis, et non singulares res demonstrat.*» (D. 50. 16. 208. § 7. f. Afric.)

cogia la palabra *heres*, heredero, derivada de *herus*, jefe de la familia (1); y posteriormente, en fin, el de *hereditas*, que todavía no se habia empleado en la ley de las Doce Tablas.

Miéntras que nadie habia recogido todavía ó adquirido la herencia, ésta sostenia y continuaba por sí misma la persona del difunto (2); formaba una especie de persona legal (3), considerada como propietaria de las cosas hereditarias (4). De este modo llenaban los romanos la laguna entre la muerte del propietario y la adquisicion de su herencia por otro. La persona jurídica, desprendida por la muerte del individuo, se fijaba en el patrimonio, hasta que habia un heredero al cual podia pasar.

La herencia se deferia por testamento ó por la ley.—Antes que todo se colocaba la herencia testamentaria, la disposicion, la declaracion del ciudadano de su herencia; « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*», decian las Doce Tablas.—Sólo en segundo lugar y á falta de disposicion testamentaria arreglaba la herencia la misma ley decemviral; *si intestato moritur.....* etc., y como acabamos de decir, morir intestado era una desgracia y áun una deshonra.

Estas dos especies de herencias de tal modo se excluian recíprocamente, que miéntras que podia haber esperanza de herencia testamentaria no podia diferirse la herencia *abintestato*, que nunca podian hallarse á un tiempo en una misma sucesion, porque dos cosas se consideraban como inconciliables: morir con testamento y sin él (5). En efecto, ó la ley comun ó la ley particular; pero la una destruye la otra, de donde se deducen por consecuencia estos otros dos principios: 1.°, si es la ley comun la herencia *abintestato*, el difunto no tiene nada que dejar á los que no son herederos por ningun acto de su voluntad, ni que encomendarles ninguna disposicion; 2.°, si se trata de la ley particular del testamento, debe abrazar toda la herencia; nada puede quedar fuera de ella; si el

---

(1) «*Veteres enim heredes pro dominis appellabant.*» (Instituts. 2. 19. § 7.)

(2) «*Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.*» (D. 41. 1. 34. pr. f. Ulp.).—Este principio se halla tambien en las Institutas, lib. 3, tit. 17. pr.

(3) «*Hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.*» (D. 46. 1. 22, Florent.)

(4) «*Creditum est hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere.*» (D. 28. 5. 31. § 1. f. Gay.) —«*Domini loco habetur hereditas.*» (D. 11. 1. 15. pr. f. Pomp.)

(5) Cicero, *De inventione*, 11. 21.—«*Jus nostrum non patitur eumdem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.*» (D. 50. 17. 7. f. Pomp.)

difunto ha testado sólo en parte, las disposiciones testamentarias que sean válidas serán extensivas á toda la sucesion (1).

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDENANDIS.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

TÍTULO X.

DE LAS FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

La palabra testamento toma su orígen de *testatio mentis*: testimonio de la voluntad.

Esta etimología de la palabra *testa-mentum* puede considerarse como cosa fútil y discurrida despues de examinada la palabra. Ha podido parecer indicada por esta definicion de Ulpiano: «*Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*» (2); definicion que concuerda con la dada en el Digesto por Modestino: «*Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult*» (3). Verémos, sin embargo, que desde la institucion de los codicilos ha faltado alguna cosa á estas definiciones.

I. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse: quorum altero in pace et otio utebantur, quod *calatis comitiis* appellabatur; altero, cum in prælium exituri essent, quod *procinctum* dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur *per æs et libram*: scilicet quod per mancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripende, civibus romanis, puberibus, præsentibus, et eo qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem (priora) duo genera testamentorum ex veteribus temporibus *in desuetudinem abierunt.* Quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen *partim et hoc in usu esse dessiit.*

1. Para que nada de la antigüedad sea de todo punto ignorado, dirémos que en otro tiempo estuvieron en uso dos especies de testamentos. Los romanos usaban el uno en la paz y el descanso, y se llamaba *calatis comitiis;* el otro en el momento de marchar al combate, y se le llamaba *procinctum*. Posteriormente se añadió una tercera especie, el testamento *per æs et libram*, que se hacía por la mancipacion, es decir, por una venta ficticia, con asistencia de cinco testigos y un *libripens* (el que lleva el peso), ciudadanos romanos púberos, con el que se llamaba *familiæ emptor* (comprador del patrimonio). Pero desde los tiempos antiguos *cayeron en desuso* los dos primeros modos de testar; y el testamento *per æs et libram dejó tambien de usarse en algunas de sus partes*, aunque se practicase por más tiempo.

---

(1) «*Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest.*» (Inst. 2. 14. § 5.)
(2) Ulp. Reg. 20. § 1.
(3) D. 28. 1. 1.

Así los antiguos romanos tuvieron dos especies de testamentos, que hacian, como dice Gayo, el uno en la paz y tranquilidad, y el otro en el momento de ir al combate, á los que se agregó despues una tercera especie. Los comentarios de Gayo, las reglas de Ulpiano, los escritores romanos y la paráfrasis de Teófilo, nos dan acerca de estos tres testamentos algunos pormenores históricos, que me parece oportuno reproducir.

Calatis comitiis. Esta expresion significa, propiamente hablando, en los comicios convocados (*calare est vocare,* de la voz griega καλεῖν) (1). Los *calata comitia* eran asambleas especiales del pueblo, convocadas en caso necesario, para el despacho de ciertos negocios, y ademas en tiempos determinados para la formacion de los testamentos. Esto es lo que nos explica Aulo Gelio, fundándose en la autoridad de Labeon : « *Calata comitia..... quæ pro collegio pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum causa... Iisdem comitiis quæ calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant* » (2). La convocacion de estos comicios para los testamentos se verificaba dos veces al año; particularidad que sólo sabiamos por Teófilo, pero que hoy se halla confirmada por Gayo (3). El dia de esta convocacion, los ciudadanos que querian testar lo hacian en aquellos comicios, bajo la autoridad y presencia del pueblo (*teste populo*). Tal era el testamento *calatis comitiis;* su forma primitiva y solemne acredita el carácter legislativo, la potestad de ley que el derecho originario de los romanos habia exigido para sancionar la voluntad del ciudadano sobre su herencia.

Procinctum. Gayo nos da la verdadera significacion de la palabra *procinctus,* que significaba ejército equipado y sobre las armas: « *Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus* » (4). Para el ciudadano llamado á las armas y pronto á entrar en campaña, no podia presentarse la ocasion de los *comitia calata*, y la guerra, sin embargo, iba á poner su vida en peligro á cada momento. Antes de partir (*cum belli causa ad pugnam ibant; in prælium exituri*), en presencia del ejército sobre las armas (*in procinctu*), despues de cumplidas las ceremonias religiosas de que habla Ciceron (5), cada

(1) Paráf. de Teóf.; bajo este párrafo pinta detalladamente esta forma de convocacion.
(2) Aul. Gel. 15. 27.
(3) «*Quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.*» (Gay. 2. § 101.)
(4) G. 2. § 101.
(5) Ciceron. *De natura deor.* 2. 3.

ciudadano soldado podia hacer su testamento. Esto se practicaba tambien durante la campaña, en el momento de una batalla ó de una empresa peligrosa. Veleyo Patérculo nos representa cinco cohortes legionarias que en el ataque de Contrebia (1), en España, hacian testamento *in procinctu*, ántes de acometer una posicion escarpada de que acababan de ser arrojados, y que el cónsul les mandaba recobrar (2). Tal era el testamento *in procinctu*, que sólo era una derivacion del *testamento calatis comitiis*. Para el soldado romano los *calatia comitia* eran el ejército sobre las armas; donde estaba el ejército de esta manera, allí se hallaban sus comicios convocados. Así como el primer testamento se llamaba testamento ante los comicios convocados (*calatis comitiis*), del mismo modo el segundo se llamaba testamento ante el ejército sobre las armas (*in procinctu*). Cuando las Institutas, y segun ellas Teófilo, llaman al testamento *testamentum procinctu*, usan una denominacion extraña y corrompida, que no es la que usan Gayo, ni Ulpiano, ni los autores romanos.—Parece, por lo demas, que en vez de la necesidad primitiva de hacer la declaracion ante el ejército sobre las armas, como en los comicios militares, se introdujo en adelante el derecho de hacerla únicamente ante un cierto número de testigos, compañeros de armas, lo que dió orígen á las formas mucho más sencillas y privilegiadas de los testamentos militares.

Per æs et libram. Las dos formas primitivas de testar presentaban muchos inconvenientes. Dejando aparte la dificultad que tenian los plebeyos para aspirar originariamente á un testamento *calatis comitiis*, este testamento sólo podia hacerse en Roma dos veces al año, al tiempo de la convocacion; la otra, en tiempo de guerra y estando sobre las armas; sin embargo, podia uno verse acometido, sin poder preverlo, de un peligro de muerte, y morir intestado, por no hallarse en el primero ó en el segundo caso. Aquí, como en toda la legislacion, el espíritu de sutileza y de ingeniosos rodeos viene á desvanecer la dificultad. No se derogó el derecho primitivo, pero se eludió; no se testó de diferente manera sobre su herencia, pero se la vendió. La verdadera herencia, es decir,

(1) Segun el diccionario de Miñano, es el pueblo que ahora conocemos con el nombre de *Trillo*, famoso por sus baños minerales. Don Miguel Cortés y Lopez, en su *Diccionario geográfico-histórico de la España antigua*, dice que la antigua *Contrebia* es *Zorita de los Canes*, que está en el partido de Alcalá, arzobispado de Toledo. (*N. del T.*)

(2) «*Facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundem foret.*» (Vell. Paterc. 2. 5).

abierta realmente á la muerte de un ciudadano y entregada á un heredero, era, en calidad de cosa incorpórea, *res nec mancipi* (1); pero el patrimonio, la familia del ciudadano (*familia pecuniaqüe*), considerada en vida suya y en la disposicion que hacía de él, se consideró *cosa mancipi* (véase más arriba); transmitióse, pues, en mancipacion á aquel á quien queria darse uno á sí mismo por sucesor, con todas las formalidades ordinarias de este acto, tales como las dejamos explicadas; con los cinco testigos ciudadanos, el que llevaba el peso (*libripens*), la barra de metal, que representaba el precio, la balanza (*æs et libra*), y las palabras sacramentales propias del caso (2). La mancipacion presentada de esta manera suministraba un modo solemne é indirecto de testar en todas las ocasiones. El comprador de la herencia (*familiæ emptor*) obtenia lugar y puesto de un heredero (*heredis locum obtinebat*); y como tal el testador le ordenaba, le confiaba, le daba en mandato todas las disposiciones que queria se ejecutasen despues de su muerte (*et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*). Tal era el testamento *per æs et libram.*

In desuetudinem abierunt. Ya en tiempo de Gayo y Ulpiano, bajo el imperio de Antonino Pío y de Caracalla, hacía mucho tiempo que habian caido en desuso las dos primeras formas de testamento, y aquellos jurisconsultos nos hablan de ellas como de instituciones antiguas. El testamento *per æs et libram* las habia reemplazado absolutamente; pero este último tambien habia experimentado importantes modificaciones. *Sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat*, dice Gayo. En efecto, siendo la mancipacion un acto de enajenacion irrevocable, y habiendo recibido el futuro heredero el patrimonio en mancipacion, de tal modo que adquiria el patrimonio (*familiæ emptor*), resultaba de esto que el testador, al mismo tiempo que continuaba siendo señor de sus bienes durante su vida, se hallaba, sin embargo, comprometido en la eleccion de su heredero; el *familiæ emptor* tenía, segun los principios rigurosos, un derecho cierto de herencia (3). Se descubrió tambien el medio de eludir el rigor de estos principios. El *familiæ emptor* no

---

(1) Gay. 2. §§ 17 y 34.

(2) «FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATAM TUTELAM CUSTODELAMQUE MEAM (RECIPIO, » EAQUE) QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC ÆRE, » *et ut quidam adjiciunt*, ÆNEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; *deinde æra percutit libram, idque æs* » *dat testatori velut pretii loco.*» (G. 2. § 104.)

(3) Esto nos lo dice Teóf. en la paráf. de este párrafo.

fué ya más que un tercero extraño á la institucion testamentaria, una especie de representante que intervenia como el *libripens*, por pura formalidad, para observar en apariencia el antiguo derecho: «*Alius, dicis gratia propter veteris juris imitationem familiæ emptor adhibetur*», y el heredero se instituia en un escrito. Entónces el testamento *per æs et libram* se compuso, como nos dice Ulpiano, de dos formalidades distintas: la primera era la mancipacion de la herencia (*familiæ mancipatio*); y la segunda la nuncupacion del testamento (*testamenti nuncupatio*).—La mancipacion de la herencia continuó haciéndose como se hacía por el derecho antiguo, segun hemos descrito, aunque por pura fórmula, no siendo ya más que una mancipacion absolutamente imaginaria (*imaginaria mancipatio*).—Despues de esto, el testador, teniendo en sus manos las tabletas del testamento, decia: «*Hæc uti in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.*» Y esto se llamaba *nuncupatio et testatio*. En efecto, dice Gayo, *nuncupare est palam nominare*, nombrar en alta voz; por estas palabras se juzga que el testador nombra y confirma en alta voz cada cosa de las que se hallan especialmente escritas en sus tabletas (1).

Partim et hoc in usu esse desiit. Estas palabras hacen alusion á la *mancipatio familiæ*, que en el testamento *per æs et libram* habia llegado á ser una pura fórmula.

II. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur; postea ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur; sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non essent necesaria.

2. Estas tres formas de testamento se refieren al derecho civil; pero con posterioridad el edicto del pretor introdujo otra. El derecho honorario no exigia, en efecto, ninguna mancipacion, pues bastaba que se pusiesen los sellos de los siete testigos, formalidad que no era necesaria segun el derecho civil.

El derecho civil se habia acomodado para la forma de los testamentos á las modificaciones graduales que acabamos de exponer; mas el derecho pretoriano habia ido más adelante. Acomodándose á los usos introducidos y á una sencillez más útil de formas, no habia dado importancia á la *familiæ mancipatio*, ni áun á la *nuncupatio testamenti*. Quedando así el *libripens* y el *familiæ emptor*

(1) Véase acerca de todos estos pormenores á Gayo, 2. § 104.—Ulp. Reg. 20. §§ 2 y 9.—Teóf., hic.

despojados del papel simbólico que representaban, y reducidos al de simples testigos, el número de éstos se habia hecho subir por lo mismo hasta siete. Mas el edicto del pretor habia exigido una nueva formalidad : se habia introducido el uso de cerrar con sello las tabletas del testamento, de modo que fuese imposible leerlas ni variar nada sin romper el sello. El pretor constituyó este uso en una formalidad rigurosa, y exigió que los siete testigos pusiesen sus sellos (*signatulum annulum*). Tal era el testamento honorario. Si se seguian las formalidades del derecho, el testamento era válido segun el derecho civil ; si se seguian las del edicto, era válido segun el derecho pretoriano. En este caso no daba la herencia civil sino la *posesion de los bienes.* — Estas disposiciones del edicto se encontraban ya en pleno vigor en tiempo de Gayo y de Ulpiano : « *Etiamsi jure civili non valeat testamentum*, dice este último »jurisconsulto, *forte quod familiæ mancipatio vel nuncupatio defuit,* »*si signatum testamentum fuit non minus quam septem testium ci-*»*vium romanorum signis, bonorum possessio datur* » (1).

III. Sed cum paulatim, tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus, cœpit in unam consonantiam jus civile et prætorium jungi, constitutum est, et uno eodemque tempore (quod jus civile quodammodo exigebat), septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, ex edicto prætoris signacula testamentis imponerentur. Ita ut hoc *jus tripertitum esse* videatur, et testem quidem et eorum præsentia *uno contextu*, *testamenti celebrandi gratia*, a jure civili descendant ; subscriptiones autem testatoris et testium, ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur ; signacula autem et *testium numerus*, ex edicto prætoris.

3. Pero poco á poco las costumbres y las constituciones imperiales conformaron el derecho civil y el pretoriano, y se estableció que el testamento se hiciese en un solo transcurso del tiempo, con asistencia de siete testigos (lo que en cierto modo se exigia por derecho civil), con la suscricion de estos testigos (formalidad introducida por las constituciones), y la fijacion de sus sellos, conforme al edicto del pretor. De tal modo que este derecho tuvo un triple orígen. La necesidad de los testigos y su presencia en un solo contexto que procedia del derecho civil : las suscriciones del testador y de los testigos, de las constituciones sagradas ; y en fin, los sellos y el número de los testigos, del edicto del pretor.

De la conformidad del derecho civil con el derecho pretoriano y con las nuevas disposiciones de las constituciones imperiales, nació la última forma de testamento, vigente en tiempo de Justiniano y confirmada por la legislacion de este príncipe. El testador presen-

(1) Gay. 2. §§ 119 y 147.—Ulp. Reg. 18. 6.

ta á siete testigos su testamento, escrito por él ó por otro cualquiera, ya ántes ó ya en presencia de ellos; si la escritura es de otra persona distinta, debe poner en la misma y en presencia de aquéllos su suscricion, es decir, su firma, su nombre (esta formalidad no era necesaria si el testamento dice que todo él está escrito de su mano); despues de esto, cada testigo á su vez pone su suscricion (*suscriptionem*), y en seguida, cerrado el testamento, su sello (*signaculum annulum*).

Si el testador quiere hacer un testamento secreto, cuyas disposiciones nadie sepa, lo presenta sellado, liado, ó solamente cerrado, enrollado hasta el fin de lo escrito, declarando que es su testamento; en la extremidad no enrollada, que queda descubierta (*reliquia parte*), pone su suscricion, y si no sabe ó no puede escribir, suple esta falta un octavo testigo que suscribe por él; los testigos ponen allí tambien su suscricion, y despues, cerrado enteramente el testamento, ponen sus sellos (1).

En el reinado de Valentiniano III, en Oriente, y de Teodosio II, su colega, en Occidente, sustituyó esta nueva forma á las dos anteriores. Sin embargo, la sustitucion no fué tan completa en las regiones occidentales del imperio, pues los trabajos históricos de Mr. Savigny han probado que el uso del testamento civil *per æs et libram*, y del testamento pretoriano, se mantuvo en Occidente, y que áun todavía se observaba esta forma en la Edad Media.

Jus tripertitum. El texto demuestra suficientemente cómo y de qué manera las formas de este consentimiento procedian del derecho civil, del derecho pretoriano y de las constituciones. Por esto los comentadores han discurrido para este testamento el nombre de *testamentum tripertitum.*

Uno contextu. La solemnidad del testamento, es decir, las diversas formalidades de que se compone, debian verificarse en una sola vez, sin que pudiesen interrumpirse por ningun acto extraño, exceptuándose únicamente la satisfaccion de las necesidades corporales, ó lo que exigiese la salud misma del testador (2): « *Est » autem uno contextu*, dice Ulpiano, *nullum actum alienum testa-*

(1) Véase en el Cód. la const. de Teodosio y Valentiniano, 6. 23. 21. — Esta última forma de testar se ha perpetuado casi sin alteracion en nuestro código con el nombre de testamento *mystique* (*); art. 876 y sig.

(*) Tambien entre nosotros se ha conservado casi en igual forma con el nombre de cerrado ó *in scriptis*. — (*N. del T.*)

(2) La const de Justiniano, Cod. 6. 23. 28, hace una enumeracion bastante minuciosa de esto.

»*mento intermiscere*» (1). Los testamentos *calatis comitiis* y *per æs et libram* nos muestran ambos el orígen de esta regla: si los comicios se interrumpian, todo habia que volverlo á principiar de nuevo; y el acto civil de la mancipacion no admitia tampoco ninguna interrupcion. —Por lo demas, la operacion de escribir ó dictar el testamento no se hallaba comprendida en las solemnidades, que principiaban con la presentacion del testamento á los testigos.

Testamenti celebrandi gratia: esto hace alusion á otra condicion del derecho civil, á saber: que los testigos deben ser convocados especialmente para el testamento (*specialiter rogati*); porque los comicios eran especialmente convocados (*calatis comitiis*); lo que en el derecho más reciente debia entenderse, segun dice tambien Ulpiano, en el sentido de que si han sido convocados para otro negocio, pero que ántes de principiar la solemnidad se les previene (*certiorentur*) de que van á servir de testigos al testamento, esta circunstancia era suficiente (2).

Testium numerus. La necesidad de la presencia de testigos procedia del derecho civil. Su número era de cinco, segun este derecho; mas habiendo reducido el edicto del pretor al *libripens* y al *familiæ emptor* al papel de simples testigos con la supresion de la *mancipatio*, puede decirse que el número de testigos, que fué entónces el de siete, procedia del edicto.

IV. Sed his omnibus ex nostra constitutione, propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

4. A todas estas formalidades nuestra constitucion, para asegurar la legitimidad de los testamentos y para evitar todo fraude, ha añadido que el nombre del heredero deba hallarse escrito de mano del testador ó de los testigos: todo segun el tenor de dicha constitucion.

La necesidad de esta formalidad adicional, establecida por una constitucion de Justiniano (Cod. 6. 23. 28), fué suprimida por una novela del mismo emperador (Nov. 119. 9).

V. Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annulli una sculptura fuerint, secundum quod

5. Todos los testigos pueden sellar el testamento con un mismo sello. En efecto, ¿qué podria oponerse, como lo ha hecho observar Papiniano,

(1) Dig. 28. 1. 21. § 3. frag. de Ulp.

(2) D. 28. 21. 1. § 3. frag. de Ulp.

Papiniano visum est? Sed alieno quoque annulo licet signare testamentum.

si los siete anillos tuviesen todos el mismo sello? Tambien puede sellarse el testamento con anillo de otro.

Sobre el anillo que usaban comunmente los ciudadanos romanos, llevaban grabado su sello; pero ¿se habria podido sellar válidamente con otro cualquiera sello que no fuese el del anillo? Ulpiano responde que sí, con tal que esté grabado en él algun signo ó figura distintiva (1). La fijacion de un sello por cada testigo podria parecer ilusoria, pues se permitia usar, no sólo el anillo de otro, sino áun un mismo anillo por todos. Pero es preciso saber que cada testigo, al lado de la impresion que habia hecho con el sello, escribia de su propia mano por quién, y sobre el testamento de quién se habia fijado dicho sello. Éste era un uso adoptado, y que los jurisconsultos recomendaban mucho ántes de que las constituciones imperiales hubiesen exigido la suscricion de los testigos (2). Es preciso, por lo demas, no confundir esta anotacion colocada al lado del sello con la suscricion ó firma exigida por las constituciones: esta suscricion era, como lo indica su mismo nombre, interior, é iba bajo la cubierta (*suscriptio*), en el cuerpo mismo del acta; miéntras que la otra era exterior, y se hallaba sobre la cubierta (*superscriptio*).

VI. Testes autem adhiberi possunt ii *cum quibus testamenti factio est*. Sed neque *mulier*, neque *impubes*, neque *servus*, neque *furiosus*, neque *mutus*, neque *surdus*, nec *qui bonis interdictum est*, neque is quem leges jubent *improbum intestabilemque* esse, possunt in numero testium adhiberi.

6. Pueden ser testigos todos aquellos *con los cuales hay faccion de testamento;* pero las *mujeres*, los *impúberos*, los *esclavos*, los *furiosos*, los *mudos*, los *sordos*, los *pródigos legales* y los que la ley declara *improbos* é indignos de testar, no pueden serlo.

Este párrafo no puede explicarse de un modo satisfactorio sino refiriéndose al testamento *per æs et libram*, tal como existia rigurosamente en su primitiva forma, cuando el mismo heredero era el *familiæ emptor*.

Cum quibus testamenti factio est. En la época de que acabamos de hablar, el testador, *mancipans*, el heredero, *familiæ emptor*, el *libripens* y los testigos, concurrian juntos á hacer el testamento: era preciso que hubiese entre ellos *faccion de testamento*, es de-

(1) Ib. 21. § 5. Es preciso restablecer en este fragmento la negacion, que sin duda falta.
(2) D. 28. 1. 21. § 4. f. Ulp.—30. f. Paul.

cir, el poder de concurrir simultáneamente á su formacion. Y como este acto era entónces una mancipacion, era necesario que tuviese respectivamente el derecho de tomar parte en la mancipacion, ya como enajenante, ya como adquirente, ya como *libripens* ó como testigos. La condicion general para todos era que tuviesen el comercio (*commercium*) (1); habia, ademas, condiciones particulares para cada uno, segun el papel que representaba.

Mulier. Las mujeres podian adquirir por mancipacion, ya por sí mismas, ya por otro (2); luego podian concurrir á la formacion del testamento como *familiæ emptor*, pero no como testador, porque les estaba prohibida la mancipacion de las cosas *mancipii*, á no ser con autorizacion de su tutor (3); ni como *libripens*, ni como testigo, porque no eran admitidas á prestar su ministerio en actos públicos y solemnes (4).

Impubes. Es preciso aplicar las mismas reflexiones á los impúberos (5); con la diferencia, sin embargo, de que no podian nunca mancipar su herencia, ni áun con autorizacion de su tutor (6). Por lo demas, las reglas de la mancipacion declaraban positivamente que el *libripens* y los testigos fuesen púberos (*civibus romanis puberibus*).

Servus. Los mismos principios se aplican á los esclavos: pueden recibir en mancipacion, y por consiguiente, ser *familiæ emptor* para su señor (7); pero nunca mancipar ni ser *libripens* ni testigos, *cum juris civilis communionem non habeant*.

Furiosus, mutus, surdus. El loco no puede en manera alguna participar de la faccion de testamento, ni como mancipante, ni como *familiæ emptor*, ni como *libripens*, ni como testigo, *quo-*

---

(1) Por ejemplo, vemos en Ulpiano (Regla 19. 4) que la mancipacion podia verificarse entre los latinos junianos, porque tenian el comercio (*commercium datum est*); tambien nos dice el mismo autor en seguida: «*Latinus Junianus et familiæ emptor, et testis, et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est* (Reg. 20. 8.).» Pero el latino juniano no representaba estos papeles sino en la realizacion de la mancipacion. En cuanto á la capacidad de adquirir él mismo la herencia, si hubiese sido instituido, no la tenia, segun la ley Junia, sino en cuanto á la muerte del testador, ó en el intervalo de la creacion, llegase á ser ciudadano romano (Ib. 22. 3).

(2) Gay. 2. 90.

(3) Ulp. Reg. 11. 27.—20. 15.—Gay. 1. 115.—2. §§ 112. 113. 118. 121 y 122.

(4) Eran, sin embargo, admitidas á dar testimonio en justicia (Dig. 28. 1. 20. § 6. f. Ulp.), porque esto era atestiguar hechos que habian llegado á su conocimiento, y no concurrir á un ministerio público.

(5) Gay. 2. §§ 83 y 87.—Ulp. Reg. 19. 18. Con tal que hubiesen llegado á la edad en que podian adquirir por mancipacion.

(6) Gay. 2. 113.

(7) Gay. 2. § 87.

niam mentem non habet, á no ser en sus lúcidos intervalos.—El *mudo*, porque si es *mancipans* ó *familiæ emptor verba nuncupationis* (*vel mancipationis*) *loqui non potest;* y si es *libripens* ó testigo, no puede dar testimonio. —El sordo, *quoniam verba familiæ emptoris* (*vel mancipantis*) *exaudire non potest.*

Cui bonis interdictum est. El pródigo no podia concurrir á una mancipacion de ninguna manera, porque le estaba prohibido el comercio: (*quoniam commercium illi interdictum est*), y por consiguiente, bajo ninguna cualidad tenía la faccion de testamento (1).

Improbum intestabilemque: esta expresion *intestabilis* comprendia á un tiempo la incapacidad de testar y la de concurrir á la faccion de ningun testamento (*nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi*): tal era el individuo condenado por libelo (*ob carmen famosum*) (2), por concusion (*repetumdarum*) (3), por adulterio (*adulterii*) (4), y el que nos indica el párrafo de Teófilo, y que sobre todo juzgamos del caso mencionar aquí, á saber: el que habiendo concurrido á un testamento se hubiese negado á asistir á su apertura, despues de la muerte del testador, para reconocer su *suscricion* y su sello.

Acabamos de explicar este párrafo por los principios del antiguo derecho en la época en que el mismo heredero concurria á la formacion del testamento en calidad de *familiæ emptor;* y por estos principios todo se explica claramente. Pero es preciso examinar las alteraciones ocurridas despues.

Habiendo cesado de ser *familiæ emptor* el mismo heredero, no hallándose ya instituido este último sino en las tabletas, y permaneciendo extraño á la mancipacion, resultó de esto que algunos ciudadanos, que segun la forma primitiva no podian ser herederos, porque les era imposible intervenir en una mancipacion, pudieron ser instituidos con arreglo á la nueva forma: tales fueron el impúbero áun siendo *infans*, el loco, el mudo, el sordo, y el que tiene interdiccion; y sin duda alguna, aunque no lo hallemos expreso en los fragmentos de los jurisconsultos, esta extension en la facultad de instituir á ciertas personas fué uno de los primitivos motivos que determinaron la modificacion del testamento *per æs et*

(1) Ulp. Reg. 19. 4. combinado con 20. 13. y Dig. 28. 1. 18.
(2) D. 28. 1. 18. § 1. f. Ulp.—22. 5. 21. f. Arcand.
(3) Ib. 15. f. Paul.
(4) Ibid. 14. f. Papin.

libram. Desde entónces la expresion tener faccion de testamento con alguno, aplicada á los herederos, no significa ya, como en otro tiempo, poder concurrir personalmente á la formacion solemne del testamento, sino que tomó ya el sentido que le daban los jurisconsultos en tiempo de Gayo y Ulpiano, y que encontramos claramente definido en el § 4, del tít. 19 de la Instituta: «Tienen faccion de testamento aquellos que pueden recibir por el testamento de otro, y adquirir, ya por sí mismos, ya por otro, aunque no puedan testar» (1). En este sentido, el esclavo, el impúbero, áun el *infans*, el loco, el mudo, el sordo, el que tiene entredicho ó pródigo legal, tienen faccion de testamento, aunque no puedan personalmente cooperar á la formacion de éste.

Por consecuencia de las mismas alteraciones, sucedió que no se consideraron ya para el *familiæ emptor* las condiciones exigidas al que adquiria por la mancipacion, sino las de un simple testigo, pues él y el *libripens* no intervinieron ya sino por mera formalidad. Así, despues de Gayo, que decia: «*De libripende eadem, quæ et de testibus, dicta esse intelligimus: nam et in testium numero est*», Ulpiano escribia ya: «*Mutus, surdus, furiosus, pupillus, femina, neque familiæ emptor, neque testis, libripensve fieri potest*» (2).

Hay una regla general respecto de los testigos, que consiste en que las condiciones de su capacidad sólo deben considerarse en ellos en el momento que prestan su ministerio, es decir, en el momento de la formacion del testamento (*testamenti quidem faciendi tempore*), como dice el párrafo siguiente; poco importan las variaciones ocurridas despues: «*Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent non mortis tempore*» (3).

VII. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus, Catonio Vero, quam postea divus Severus et Antoninus, rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, ac si, ut oportet, factum esset; cum eo tempore quo testamentum signa-

7. Uno de los testigos que al tiempo de la formacion del testamento fué reputado libre, con posterioridad fué reconocido como esclavo. Adriano, en un rescripto dirigido á Catonio Vero, y despues Severo y Antonino, declararon que juzgaban venir en apoyo del testamento, á fin de que fuese considerado por tan válido como si todo él hubiese sido re-

(1) Inst. 2. 19. 4.—Dig. 28. 1. 16. f. Pomp.—28. 5. 49. § 1. f. Florent.
(2) Gay. 2. 107.—Ulp. Reg. 20. 7.
(3) D. 28. 1. 22. § 1. f. Ulp.

retur, omnium consensu hic testis loco liberorum fuerit, neque quisquam esset qui ei status quæstionem moveret.

gular; pues que en el momento en que el testamento habia sido sellado, este testigo era comunmente tenido por libre, no habiendo nadie que le disputase su estado.

VIII. Pater, nec non is qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

8. El jefe de familia ó el que se halla bajo su potestad, lo mismo que dos hermanos sometidos al mismo jefe, pueden ser testigos juntos en el mismo testamento; porque nada impide tomar en una misma casa muchos testigos para un acto extraño á la misma casa.

Ademas de las prohibiciones absolutas de ser testigos en el testamento de cualquiera, hay prohibiciones relativas, que impiden únicamente que se pueda ser testigo en el testamento de ciertas personas. Sobre esto la regla general es que pasando el testamento entre el testador y el heredero, ninguno de ellos, ningun individuo de su familia, pueden ser testigos. Cuando decimos individuos de su familia, esto sólo se entiende del jefe y de los que se hallan reunidos bajo la misma potestad; porque entre sí, segun el derecho civil, no forman en cuanto á la propiedad más que un solo y único sér colectivo, y no pueden, por consiguiente, prestarse testimonio á sí mismos (*reprobatum est domesticum testimonium*). En este punto no hay ninguna consideracion con el parentesco natural; así, una vez salido de la familia y fuera de la potestad, el vínculo de parentesco que existe áun entre hermanos, ó entre el padre y sus hijos, no era un obstáculo para que fuesen testigos uno de otro en el testamento.

En cuanto á los testigos, nadie impide que sean entre sí individuos de una misma familia, con tal que sean extraños al testador ó al heredero.

IX. In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias *de castrensi peculio post missionem* faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est; reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

9. Mas en el número de los testigos no debe hallarse el que se encuentra bajo la potestad del testador; y si un hijo de familia quiere testar, *despues de obtener la licencia del servicio militar*, sobre su *peculio castrense*, ni su padre, ni el que se halla sometido á la potestad del mismo jefe, podrán servirle de testigos, pues la ley reprueba en esta materia un testimonio doméstico.

De castrensi peculio. Sabemos que el hijo de familia podia testar

de su peculio castrense. Como respecto de la propiedad de este peculio no formaba la familia un solo sér colectivo, sino que el hijo de familia tenía su propiedad exclusiva y separada, Ulpiano, fundándose en la autoridad de Marcelo, era de opinion de que los individuos de la familia del hijo testador podian servirle de testigos en el testamento relativo á dicho peculio. Pero Gayo, por el contrario, considerando el vínculo de potestad paterna que los unia, habia dado en sus comentarios una decision en sentido contrario (1). Esta decision vemos que se mantiene aquí en la Instituta, miéntras que la de Marcelo y Ulpiano ha sido inserta en el Digesto (2).

Post missionem. Porque si el hijo hacía su testamento hallándose en el ejército, gozaba todavía del privilegio de los testamentos militares, y no se hallaba sometido á las reglas ordinarias del derecho civil, ni respecto del número, ni respecto de incapacidad de los testigos, ni de las demas formas.

X. Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui habet eum in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi posunt; quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, *creditur hodie inter testatorem et heredem agi.* Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres quidem familiæ emptorem et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant, a testamentariis testimoniis repellebant, heredi et iis qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare; licet ii qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere *suadebant*, tamen nos eamdem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, nec aliis personis quæ ei, ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimo-

10. Del mismo modo, ni el heredero instituido ni sus hijos ó su jefe de familia, ni sus hermanos sometidos á la misma potestad, pueden ser testigos; porque hoy el testamento se considera *como un acto pasado absolutamente entre el testador y el heredero.* En efecto, aunque por consecuencia de la completa subversion de este derecho, los antiguos, rechazando el testimonio del *familiæ emptor* y de los individuos de su familia, hubiesen admitido el del derecho, y las personas ligadas con él por los vínculos de una misma potestad, aunque reconociéndoles esta misma facultad se limitasen á aconsejarles no abusar de ella; sin embargo, por lo que á nosotros toca, corrigiendo este uso y transformando el consejo en una necesidad legal, hemos vuelto á la imitacion del *familiæ emptor*, tal como se usaba primitivamente, y hemos negado al heredero, que verdaderamente representa á aquel antiguo *familiæ emptor*, lo mismo que á las personas á él unidas, el derecho de prestarse en cualquier mane-

(1) Gay. 2. 106.
(2) Dig. 28. I. 20. § 2.

nia præstare : ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

ra personalmente testimonio. En su consecuencia, hemos sobre este punto desechado de nuestro Código las antiguas constituciones.

Creditur hodie inter testatorem et heredem agi. En tiempo del testamento *per æs et libram*, el acto pasaba entre el testador y el *familiæ emptor* : sobre éstos y sobre los individuos de sus familias recaia la incapacidad de ser testigos ; mas como en los primitivos tiempos el *familiæ emptor* era el mismo heredero, el acto pasaba con él, y no podia ser testigo ni él ni ninguno de los suyos. Pero cuando se empleó un tercero para *familiæ emptor*, el heredero se hizo extraño á la formacion del acta ; pudo ser testigo, y tambien pudieron serlo los individuos de su familia.

Este testimonio era rigurosamente conforme al derecho civil; sin embargo, aconsejaban los jurisconsultos, como cosa conveniente, dejar de valerse de él. Bajo la nueva forma de testar, introducida por las constituciones, no se trataba ya del *familiæ emptor*, y el acto se considera como pasado entre el testador y el heredero : el testimonio de este último hubo de ser por fuerza desechado.

Suadebant. Tales son los consejos que da Gayo en sus comentarios, lib. 2, § 108.

XI. Legatariis autem et fideicommissariis, *quia non juris successores sunt*, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus : imo in *quadam nostra constitutione* et hoc specialiter concessimus, et multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habet in potestate, hujusmodi licentiam damus.

11. En cuanto á los legatarios y fideicomisarios, *como no son sucesores* en el derecho del difunto, no hemos negado ni á ellos ni á las personas que les están unidas, la facultad de ser testigos. Mas, por el contrario, la hemos especialmente concedido *por una de nuestras constituciones* á aquéllos, y con mucha mayor razon á los que se hallan bajo su potestad ó que los tienen en la suya.

Quia non juris successores sunt. Los legatarios y los fideicomisarios tienen un interes particular en las disposiciones del testamento ; pero este interes nunca habia parecido suficiente para recusar su testimonio. Cuando el testamento era considerado como una mancipacion verificada entre el mancipante y el *familiæ emptor*, no podia ocurrir su exclusion como testigos, porque eran absolutamente extraños al acto, y ni áun siquiera se les aconsejaba que de ellos se abstuviesen por motivos de conveniencia. Despues del testamento, segun las constituciones imperiales, se conservó este

derecho, fundado en los motivos ménos concluyentes de que no eran sucesores en los derechos del testador, que la herencia no les era transmitida, y que, por consiguiente, el testamento no podia considerarse como pasado entre el testador y ellos.

Quadam nostra constitutione. No ha llegado á nosotros. Hallamos una en el Código, pero es de Zenon (1).

XII. Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an in charta membranave, vel in alia materia fiat.

12. Mas poco importa que el testamento sea escrito en tabletas, en papel, en pergamino ó en otra materia cualquiera.

XIII. Sed et *unum testamentum pluribus perficere codicibus* quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necesarium est; veluti si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanís necessitatibus iminent.

13. Se puede hacer *un solo testamento en muchos originales*, observándose, respecto de cada uno, las formas establecidas. Puede suceder tambien que esto sea necesario, como, por ejemplo, si alguno emprende alguna navegacion, y quiere llevarse consigo y dejar en su casa un testimonio de su última voluntad, ó por otras innumerables causas, inminentes en los destinos humanos.

Unum testamentum pluribus codicibus. No hay más que un solo testamento, pero muchos ejemplares originales. Es menester no confundir estos ejemplares con simples copias. Los ejemplares de que aquí se trata son hechos cada uno de ellos con todas las formas prescritas (*secundum obtinentem observationem omnibus factis*); cada uno de ellos tiene el carácter original, y puede suplir en caso de pérdida de los demas, pues sólo con este objeto se han hecho. Unas copias sacadas del original no tendrian ni aquel carácter ni estos efectos.

XIV. Sed hæc quidem de testamentis quæ scriptis conficiuntur. Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare *jure civili* testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata fiet hoc perfectissimum testamentum *jure civili*, firmumque constitutum.

14. Todo esto sólo es relativo á los testamentos hechos por escrito; pero si alguno quiere disponer, segun el derecho civil, su testamento sin ningun escrito, llamando siete testigos y haciendo ante ellos la declaracion verbal de su voluntad, será ésta un testamento perfecto segun el derecho civil, y confirmado por las constituciones.

Si los testamentos no hubieran podido hacerse sino por escrito,

(1) Cod. 6. 23. 22.

un gran número de ciudadanos se habrian visto reducidos á la imposibilidad de testar; pero tambien podia hacerse esto verbalmente. El primitivo testamento *per æs et libram* no requeria tampoco ninguna necesidad de escritura : el testador, despues de haber mancipado su herencia al *familiæ emptor*, que era entónces el mismo heredero, podia hacerle conocer las disposiciones que le encomendaba ejecutar, lo mismo por una declaracion verbal que por la entrega de las tabletas escritas (1). Lo mismo sucedió cuando el *familiæ emptor* no fué ya más que un extraño : despues de realizada la mancipacion podia sin duda el testador entregar tabletas escritas haciendo la nuncupacion general, cuya fórmula hemos referido; pero podia igualmente abstenerse de presentar ningun escrito, y hacer una mancipacion especial y circunstanciada, declarando en alta voz el nombre de su heredero y sus demas disposiciones. Por esto dice Ulpiano : « *Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere* » (2) ; la nuncupacion general acompañada de un escrito áun no habia sido admitida sino como un equivalente de la verdadera y completa nuncupacion. — El edicto pretoriano exigiendo la estampacion de los sellos, y las constituciones imperiales la de la suscricion de los testigos, supusieron la necesidad de un escrito. Pero al mismo tiempo la facultad de testar verbalmente, segun el derecho civil, por la nuncupacion de su voluntad ante siete testigos, se conservó siempre á los ciudadanos; únicamente dejó ya de tratarse de mancipacion prévia, de *emptor familiæ* y de *libripens*.

Jure civile. Acabamos de ver que este testamento permaneció extraño á las nuevas formas introducidas por el derecho pretoriano y por el derecho de las constituciones; pero los pretores no protegieron por eso ménos su ejecucion, dando la posesion de los bienes en virtud de sus disposiciones (3). Éste es el testamento que los comentadores llaman *nuncupativo*.

TITULUS XI. — TITULO XI.

DE MILITARI TESTAMENTO. — DEL TESTAMENTO MILITAR.

En el momento que principiaron los soldados á poder hacer y deshacer emperadores, y que éstos por su parte principiaron por

(1) Gay 2. 103.
(2) Dig. 28. 1. 21. *princ.*
(3) Cod. 6, 11. 2. Const, de Gordian.

sus edictos á otorgar favores y privilegios, no carecieron de éstos los soldados. Los recibieron importantes en cuanto á sus testamentos, ya respecto de la capacidad de aquellos á quienes querian dejar sus bienes, ya respecto de la forma del acto, y ya, por último, respecto del modo de verificar su disposicion. El otorgamiento de estos privilegios empezó con el primer emperador Julio César como una simple concesion temporal (1); sus sucesores Tito y Domiciano confirmaron esta concesion; Nerva y Trajano la generalizaron; se hizo de ella ademas una cláusula particular, que se insertó en los mandamientos imperiales, y cuya fórmula nos ha conservado el jurisconsulto Ulpiano (2). Los pretores dedicaron al testamento militar un capítulo especial del edicto, y diferentes constituciones imperiales arreglaron y desenvolvieron este derecho excepcional (3). El título de las Institutas que tenemos que explicar sólo trata de los privilegios relativos á la forma del testamento.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus *propter nimiam imperitiam* eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam, quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur. Videlicet, cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito *nostra constitutio introduxit.* Quoquo enim modo voluntas ejus suprema *sive scripta* inveniatur, *sive sine scriptura*, valet, testamentum *ex voluntate ejus.* Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis ædibus degunt, minimé ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, *et si filii familias sunt*, propter militiam conceduntur; jure tamen communi

La necesidad rigurosa de estas formas, en la formacion de los testamentos, ha sido dispensada á los militares por las constituciones imperiales *á causa de su excesiva impericia.* En efecto, aunque no hayan empleado ni el número legal de testigos, ni las demas solemnidades que se requieren, no deja por eso de ser válido su testamento; sin embargo, sólo en el tiempo que se hallen ocupados en alguna expedicion, *como con razon* lo ha introducido nuestra constitucion. Así, de cualquier manera que se exprese la voluntad del militar, *ya por escrito ó sin escrito*, el testamento es válido *por efecto solo de dicha voluntad.* Pero en los intervalos que pasan fuera de toda expedicion, ya en sus hogares, ya en otra parte, no les es permitido de ningun modo reclamar tal privilegio. *Si son hijos de familia*, obtendrán por el servicio militar la capacidad de testar; pero con las

(1) Es uno de los ejemplos que prueban, como hemos dicho, cuán falsa es la opinion vulgar que fija únicamente, en tiempo de Adriano, el principio de las constituciones imperiales.

(2) D. 29. 1. 1. *princ.* f. Ulp.

(3) D. 2. f. Gay.—V. tambien á Gay. comm, 2. §§ 109, 110, 114.—Ulp. Reg. 23. 10.

eadem observatione in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus.

formas del derecho comun, observando todo lo que se halla prescrito para los demas ciudadanos.

Propter nimiam imperitiam. No era á causa de su impericia, sino á causa de su cualidad y situacion de soldado, pues sus privilegios recaian áun sobre condiciones de capacidad, y que por otra parte sólo gozaban de ellos en el ejército y cuando se hallaban en expedicion.

Nostra constitutio introduxit. A pesar de este aserto, puede con razon ponerse en duda que la constitucion de Justiniano haya sido el primitivo orígen de esta regla, por el cual el privilegio de los militares se limitó á los testamentos hechos en los campamentos y expediciones. Dicha regla parece haber existido desde el principio, ó al ménos con bastante anterioridad á Justiniano, si se ha de juzgar por los fragmentos de Ulpiano y por dos constituciones, una de Antonino y otra de Constantino (1).

Sive scripta. Ya lo hubiese escrito con su propia sangre en el combate, en el momento en que iba á exhalar el último aliento trazando caractéres ensangrentados en su escudo ó en la vaina de su espada, ó escribiéndolo en el suelo con la punta de ésta (2).

Sive sine scriptura. Si el militar expresa su voluntad por escrito, no se necesita ningun testigo; si la declara de palabra, no exige sino que los testigos á quienes la declare hayan sido especialmente convocados, bastando dos, número suficiente para hacer prueba, siempre que la ley no haya prescrito mayor número (3).

Ex voluntate ejus. La sola voluntad del militar constituye la fuerza de su testamento, independientemente de toda forma y de toda solemnidad: «*Sufficiat nuda voluntas testatoris*», dice el decreto imperial. Todo lo que se exige es que se acredite dicha voluntad, importando poco la manera de hacerlo.

Et si filii familias. Se trata del testamento hecho del peculio castrense que los hijos de familia pueden hacer, áun cuando no estén ya en el servicio militar; pero en este caso con todas las formalidades ordinarias.

---

(1) Ulp. Reg. 23 10., y sobre todo Dig. 29, 1. 4. f. Ulp.—Cod. 23. 21. 1. const. Anton.—15. const. Constant.— La constitucion de Justiniano se halla en el mismo título del Cod., ley 17.

(2) Son los términos de la ley. Cod. 23. 21. 15. const. Constant.

(3) D. 22. 5. 12. f. Ulp.

I. Plane de testamentis militum divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit: «Id privilegium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab iis testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, *quod et sine scriptura* a non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles de cujus bonis apud te quæritur, si *convocatis ad hoc hominibus* ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet quem vellet sibi heredem esse et cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum, si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: EGO TE HEREDEM FACIO, aut BONA MEA TIBI RELINQUO, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit: et per hoc vera judicia subverterentur.»

1. Respecto de los testamentos de los militares, tenemos el siguiente rescripto del emperador Trajano, dirigido á Estatilio Severo: «El privilegio concedido á los soldados de no estar obligados á ninguna formalidad en la formacion de sus testamentos, debe entenderse en este sentido, de que ante todo debe ser cosa comprobada que ha sido hecho un testamento; pero este acto *puede hacerse sin escrito* y áun por no militares. Si, pues, el soldado sobre cuyos bienes se ha suscitado litigio ante vos, despues de haber convocado testigos para manifestarles su voluntad, les hubiese hablado de modo que declarase que queria por su heredero aquel á quien concedia la libertad, puede ser considerado por esto solo como habiendo hecho un testamento sin escrito, y su voluntad debe ser respetada. Si por el contrario, como sucede diariamente en las conversaciones, ha dicho alguno: *Te hago mi heredero*, ó *te dejo mis bienes*, esto no se ha de mirar como un testamento. Nadie es más interesado que aquellos mismos que gozan del privilegio militar en que no se admita un ejemplo de semejante naturaleza, pues de otro modo no seria difícil que á la muerte de un soldado se hallasen testigos que asegurasen haberle oido decir que dejaba sus bienes á tal ó cual persona, segun su antojo; y que de este modo se suplantasen las verdaderas intenciones del testador.»

Quod et sine scriptura. El *quod* se refiere al testamento. El sentido es que el testamento puede hacerse sin escripto, *áun* por no militares (ET *a non militantibus*), y por consiguiente, tambien por militares, pudiendo siempre hacerse con la dispensa de las solemnidades. Por esto, el Emperador resume más adelante su decision en las siguientes palabras: *potest videri sine scripto hoc modo esse testatus*. Por lo demas, la controversia de los comentadores sobre el *quod* no tiene importancia alguna.

Convocatis ad hoc hominibus. Lo que no quiere decir que los testigos en los testamentos de los militares deban ser especialmente convocados. El Emperador responde á la especie sobre la que

habia sido consultado, y sienta los hechos, pero no promulga una regla. Basta leer la paráfrasis de Teófilo, para apreciar debidamente el carácter de rescripto que pertenece á esta constitucion.

II. Quinimo et mutus et surdus miles testamentum facere potest.

2. Ademas, el militar mudo ó sordo puede hacer su testamento.

Es preciso suponer, dice la paráfrasis de Teófilo, que se trata de un militar que á consecuencia de la enfermedad que le ha acometido va á recibir su licencia por causa accidental (*causaria missio*), y que hacía su testamento, como dice Ulpiano, ántes de haber recibido su licencia (*ante causariam missionem*), en el momento en que todavía pertenece á las filas del ejército (1). Sería, en efecto, absurdo y vergonzoso, añade Teófilo, que el sordo ó el mudo fuesen admitidos ó permaneciesen en el servicio militar, pues el uno no puede oir las órdenes de su jefe, y el otro no podria llamar á las armas en un caso urgente.

El privilegio de forma de que tratamos se hace para el mudo ó para el sordo un privilegio de capacidad, pues la necesidad de las formas solemnes de ninguna manera le permitiria el poder testar.

III. Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, *quatenus militant* et in castris degunt. *Post missionem* vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerunt testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid igitur si intra annum quidem decesserit, *conditio autem heredi adscripta post annum extiterit?* an quasi testamentum militis valet? Et placet valere quasi militis.

3. Pero las constituciones imperiales no conceden este privilegio á los soldados, *sino miéntras están en el servicio* y en los campamentos; así, pues, los veteranos, *despues de tomada su licencia*, y los soldados en activo servicio, pero que no están en campaña, no pueden hacer su testamento sino con arreglo á las formas del derecho comun á todos los ciudadanos. El testamento que hubiesen hecho en campaña, no segun el derecho comun, sino por sola su voluntad, no será válido despues de su licenciamiento, sino durante un año. ¿Qué sucederá, pues, si el testador muere en el año, pero *que la condicion impuesta al heredero se cumpla únicamente transcurrido este plazo?* ¿El testamento será válido como testamento de un soldado? Se decide que será válido en calidad de tal.

Quatenus militant. El privilegio no existe cuando uno todavía

(1) D. 29. 1. 4. f. Ulp.

no es militar, y fenece dejando de serlo. Nadie es militar sino desde el momento en que ha sido incorporado, inscrito en los cuadros (*in numeris*), y deja de serlo cuando ha sido borrado por efecto del licenciamiento ó de otra causa cualquiera. Los nuevos alistados, por ejemplo (*lecti tirones*), aunque caminen por cuenta del Estado para reunirse al ejército, todavía no son militares hasta que se incorporan á él (1).

Post missionem. Con tal que sea una licencia honrosa ó por una causa accidental (*honestam*, vel *causariam missionem*, términos consagrados). Los testamentos de los que son despedidos del servicio militar por una causa vergonzosa (*ignominiæ causa missi*) cesan desde el mismo momento de valer como testamentos militares. Lo mismo sucede con los de los prefectos, tribunos ú otros jefes militares, que han recibido, no su licencia, sino un sucesor (2).

Conditio autem..... post annum extiterit? En el derecho romano, cuando la institucion del heredero es condicional, la herencia testamentaria no se abre sino al cumplirse la condicion, y no á la muerte del testador. En este intervalo y hasta la adicion se juzga que la herencia *continúa la persona del difunto*, como dejamos dicho : ¿será preciso inferir que el testamento del militar difunto en el año de su licenciamiento no será valedero porque no se habrá cumplido la condicion, y por lo tanto la herencia testamentaria no se abrirá sino despues del año? No sin duda ; si se concede un año al militar, es para dejarle tiempo á fin de que rehaga su testamento conforme al derecho comun ; si le ha faltado este tiempo, su testamento militar es válido en cualquier época á que se refieran sus disposiciones. Debe, pues, considerarse en este caso el momento mismo de la muerte del testador, y no el de la apertura de la herencia.

Sin embargo, no sólo en lo tocante á los privilegios de forma, sino tambien respecto de los demas privilegios testamentarios de los soldados estaba limitada la duracion del testamento militar á un año despues del licenciamiento. Lo mismo sucedia con los privilegios relativos á la capacidad del testador, á la de los herederos, etc. (3). Hé aquí lo que habia podido especialmente autorizar la duda en la cuestion que acabamos de fijar y resolver con el texto.

---

(1) D. 29. 1. 42. f. Ulp.
(2) Ib. 26. f. Marc.—21. f. Afric.
(3) Dig. 28. 3. f. Ulp.

IV. Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus, in expeditione degens, resignavit illud, et quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere testamentum, quasi *ex nova militis voluntate.*

4. Cualquiera ha hecho un testamento irregular ántes de entrar en el servicio; despues se hizo militar y lo abrió en una expedicion; ha añadido ó suprimido algunas disposiciones; ó de otro cualquier modo se ha hallado manifiesta la voluntad del militar de que este testamento fuese válido : es preciso decidir que el testamento vale como por *la nueva voluntad de un militar.*

Ex nova militis voluntate. Puesto que está dispensado de todas las formas, manifestando su voluntad de adoptar su antiguo testamento con modificacion ó sin ella, hace de este testamento, hasta entónces nulo, un *nuevo testamento* válido segun el derecho militar. Pero si no hubiese manifestado esta nueva voluntad, el testamento sería nulo para siempre, porque el privilegio no se aplica á los testamentos de los militares, sino á los testamentos *hechos* por los militares (*non militum testamenta, sed quæ a militibus facta sunt*).

Despues de haber examinado con el texto de las Institutas los privilegios de forma concedidos al estado militar, nos falta decir algunas palabras de los demas principales privilegios. *En cuanto á la capacidad del testador,* el derecho concedido á los hijos de familia de hacer testamento sobre el peculio castrense, en su orígen era un privilegio militar. *En cuanto á la capacidad de aquellos en cuyo favor se ha hecho testamento*, los militares podian instituir herederos á los deportados y á casi todos aquellos con quienes no se tenía faccion de testamento (1); tales eran, áun en tiempo de Gayo, los *peregrini*, los Latinos Junianos, los célibes, los *orbi* (2). *En cuanto á la libertad, á la extension y al modo de sus disposiciones*, no estaban sujetos á la necesidad de una declaracion formal para desheredar á sus hijos (3); su testamento no se rescindia por inoficiosidad (4); podian legar más de las tres cuartas partes de sus bienes (5); morir parte testado y parte abintestato (6), y por

---

(1) Dig. 29. 1. 13. § 2. f. Ulp.
(2) Gay. 2. §§ 110 y 111.
(3) Véanse más adelante, tít. 13. § 6.
(4) Cod. 3. 28. 9. const. Alejand.
(5) Cod. 6. 21. 12. const. Const.
(6) Dig. 29. 1. 6. f. Ulp. –37. f. Paul.

lo tanto, tener más de un testamento (1), y disponer de la herencia áun por codicilos (2).

Á esta clase de privilegios se refiere el párrafo siguiente de nuestro título, y no á los privilegios de forma.

V. Denique si *in adrogationem* datus fuerit miles, vel filius familias *emancipatus* sit, testamentum ejus *quasi militis ex nova voluntate valet*, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

5. Finalmente, ya sea que un soldado se haya dado á sí mismo *en adrogacion*, ya que siendo hijo de familia haya *sido emancipado*, su testamento tendrá valor *como por una nueva voluntad de militar*, y será considerado como si no hubiese sido hecho inútil por la disminucion de cabeza.

Es preciso saber, para la inteligencia de este párrafo, que, segun el derecho comun, el testamento del ciudadano romano, aunque válidamente hecho al principio, se informaba y hacía inútil (*irritum*) si el testador sufria una cualquiera de las tres disminuciones de cabeza. Examinemos cuáles eran en este punto las excepciones producidas por el estado militar, empezando por la grande y media disminucion, de que por el texto nada se dice.

Estas dos disminuciones hacian el testamento *irritum*, porque el testador perdia los derechos de libertad ó de ciudad. Habia una excepcion en favor del militar que las habia experimentado por efecto de un castigo impuesto por un delito militar (*ex militari delicto damnatus*). Un rescripto de Adriano le permitia hacer testamento á pesar de su condena, y Ulpiano afirma que hacía testamento segun el derecho privilegiado de los militares (*et, credo, jure militari testabitur*). Esto supuesto, se pregunta el jurisconsulto, ¿qué sería su testamento, si habia hecho uno ántes de su disminucion de cabeza? Con arreglo al derecho riguroso, sería *irritum* por efecto de la mudanza de estado y de persona que ha experimentado el testador; pero ¿será indispensable que se haga de nuevo para recobrar la validez que ha perdido segun el derecho estricto (*an vero pœna irritum factum reficiendum est*)? Ulpiano decide que no, porque toda vez que el rescripto de Adriano permite á este castigado hacer testamento, y puesto que lo hace entónces con los privilegios militares, la sola voluntad de su parte de que su anterior testamento quede válido basta para que se con-

(1) Ib. 19. pr. f. Ulp.
(2) Ib. 36. pr. f. Paul.

sidere que este testamento ha sido hecho de nuevo. «*Et si militari jure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin si voluit id valere, fecisse id credatur*» (1). Éste es el caso de aplicar justamente aquellas expresiones de nuestro párrafo : *Quasi militis ex nova voluntate valet.*

Pasemos á la pequeña disminucion de cabeza, que puede ocurrir, ya en los jefes de familia por la adrogacion, y en los hijos por la emancipacion ó por la adopcion. Es menester penetrarse bien de la idea de que por la pequeña disminucion de cabeza, de cualquier manera que sucediese, ya que aumentase ó que disminuyese la capacidad del que la experimentase, habia siempre renovacion de persona, de familia ó de propiedad. El individuo disminuido de cabeza, al pasar á una nueva familia, se hacía una nueva persona, y se identificaba á una nueva propiedad, pues la propiedad se hallaba concentrada en cada familia. De lo que resultaba que el testamento que habia hecho de antemano no podia ya conservar ningun efecto cuando la persona, la familia y hasta la propiedad no eran ya las mismas. Se hacía, por consiguiente, *irritum*, pudiendo el testador hacer uno nuevo en la nueva posicion en que acababa de entrar, si esta posicion se lo permitia. Tal era el derecho comun. Pero los militares tenian ademas en este punto el privilegio de no necesitar hacer estas disposiciones ; el testamento hecho en la posicion que ocupaban ántes de su mudanza de estado se aplicaba á la nueva (*quasi militis ex nova voluntate*); y aunque rigurosamente se hubiera hecho *irritum* por la disminucion de cabeza, se juzgaba no serlo (*nec videtur capitis deminutione irritum fieri*).

In adrogationem. Así el testamento hecho por un jefe de familia *militar*, ya en todos sus bienes, ya sólo en las cosas adquiridas en campaña, se transformaba en cierto modo si este jefe de familia llegaba á darse en adrogacion, y se aplicaba al peculio castrense por la disminucion de cabeza, como si hubiese sido hecho para dicho peculio. Pero no habria sido así si se hubiese tratado de la adrogacion de un veterano que hubiese ya dejado de ser militar (2).

Emancipatus. Así el testamento que el hijo de familia *militar* hubiese hecho con respecto á su peculio castrense, se transforma-

(1) Dig. 28. 3. 6. § 6. f. Ulp.
(2) Dig. 29 1. 23. f. Tert.

ba en cierto modo si este hijo de familia llegaba á ser emancipado, y aunque llegando éste á ser jefe no tuviese ya ningun peculio, sino sólo bienes que formasen una sola y única totalidad (1), el testamento hecho respecto del peculio castrense se aplicaba á esta nueva situacion, como si para ella hubiese sido hecho (2). Parece que este último privilegio se habia extendido áun á los veteranos (3).

Quasi militis ex nova voluntate. En todos estos casos la transformacion del testamento corresponde á la transformacion de la persona y de la propiedad, como si hubiese habido nueva voluntad.

VI. Sciendum tamen est, quod ad exemplum castrensis peculii, tam *anteriores leges* quam principales constitutiones quibusdam quasi-castrensia dederunt peculia, et *quorum quibusdam* permissum erat etiam in potestate degentibus testari. Quod *nostra constitutio*, latius extendens, permisit omnibus in his tantummodo peculiis testari, *sed jure quidem communi.* Cujus constitutionis tenore perspecto licentia est nihil eorum quæ ad præfatum jus pertinet, ignorare.

6. A ejemplo del peculio castrense, *algunas leyes anteriores* y las constituciones imperiales habian permitido á ciertas personas tener un peculio cuasi-castrense; *algunos* entre éstos habian recibido autorizacion para disponer de él por testamento, aunque se hallasen bajo potestad de alguno. Mas *nuestra constitucion*, extendiendo esta facultad, la ha concedido á todos los que tienen semejantes peculios, quedando sus testamentos por otra parte *sujetos al derecho comun.* Por la lectura de esta constitucion puede conocerse cuanto se refiere á este derecho particular.

Anteriores leges. No se ha de inferir de esto que la creacion del peculio cuasi-castrense se refiera á las leyes anteriores á las constituciones, es decir, á leyes de la república. Todo lo más que puede deducirse (como ya lo hemos dicho ántes) de ciertos fragmentos de Ulpiano que se hallan en el Digesto, es que este peculio era ya

(1) Cod. 3. 28. 37. *in fin.*

(2) Ib. 22. f. Marcian.

(3) D. 27. 11. 1. § 8. f. Ulp. — 28. 3. 6. § 13. f. Ulp. — Cualquiera que sea la consecuencia que pueda deducirse de las expresiones de este jurisconsulto, era ello un derecho excepcional y privilegiado. Respecto del caso de adrogacion, Tertuliano lo dice positivamente, y respecto del caso de adopcion, tambien lo dice Marciano, y es preciso reconocerlo forzosamente áun en este caso respecto de todas las hipótesis. En efecto, se quiere suponer que el testamento hecho por el hijo de familia, en cuanto á su peculio castrense, se mantuviese despues de su emancipacion sólo respecto de cosas adquiridas en campaña; pero ¿cómo este jefe de familia podia, á no ser por efecto de un privilegio, quedar con testamento en parte, y en parte intestado? ¿Se quiere suponer que este testamento se aplicaba á todos los bienes? Pero ¿cómo no habiendo sido hecho sino respecto del peculio castrense, tomaba esta extension universal, experimentaba esta transformacion, si no era por presuncion privilegiada, *quasi ex nova militis voluntate?*

conocido ántes de las constituciones de Constantino, cuya opinion nos parece todavía disputable, porque no falta quien considere los fragmentos de Ulpiano como interpolados por los redactores del Digesto, y el peculio casi-castrense como una innovacion que sólo tuvo orígen en tiempo de Constantino.

Quorum quibusdam. El derecho de disponer por testamento del peculio castrense no habia sido concedido ántes de Justiniano por punto general á todos los que tenian semejante peculio, sino sólo por excepcion á algunas clases privilegiadas, como cónsules, procónsules, prefectos de legion, presidentes de provincia, y otras; Justiniano fué el primero que lo concedió á todas sin distincion.

Nostra constitutio. En el Código, lib. 3, tít. 28. *De inofficioso testamento,* const. 37.— C., lib. 6, tít. 22, const. 12.

Sed jure quidem communi. Sin los privilegios militares.

Por lo demas, este párrafo pertenece al título siguiente más bien que á éste.

De algunos otros testamentos dispensados de las formas ordinarias.

En esta clase se colocan:

Los testamentos hechos en campaña por los que sin ser militares siguen al ejército (*in hosticolo, in procinctu versantur*), y se hallan expuestos á los mismos peligros (*eadem pericula experiuntur*). Estos testamentos, en caso de fallecer, el que los hace, en el ejército, son válidos aunque no tengan otras formas que los de los militares (1);

Los testamentos de los *novarchi, trierarchi,* de los remeros y pilotos en sus escuadras, porque los marinos son militares (2);

Los testamentos de los que se hallan acometidos de una enfermedad contagiosa, á quienes una constitucion de Diocleciano y Maximiano dispensa, no de la convocacion y número de los testigos, sino de la necesidad de acercarlos al testador, de ponerlos en su presencia ó de ellos entre sí, segun otra interpretacion (3);

Los testamentos hechos en el campo, donde suele ser difícil hallar personas que sepan escribir. Respecto de estos testamentos,

---

(1) D. 37. 13. 1. pr. f. Ulp.
(2) D. 37. 1. § 1.
(3) Cod. 6. 23. 8.

concede una constitucion de Justiniano, segun los casos, diferentes dispensas relativas á la necesidad de la suscricion del testador y de los testigos, y permitiendo reducir á cinco el número de éstos (1).

TITULUS XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

TÍTULO XII.

DE AQUELLOS Á QUIENES NO ES PERMITIDO HACER TESTAMENTO.

Una de las primeras cosas que hay que considerar, dice Gayo, si tratamos de examinar la validez de un testamento, es si el que lo ha hecho tenía la faccion de testamento : «*Imprimis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti faccionem.*»

Hemos suficientemente explicado cuál era el orígen y el valor primitivo de la expresion *faccion de testamento.* Sabemos que desde la simplificacion de las formas testamentarias designaba, segun la pía definicion de la Instituta, en primer lugar, la capacidad de hacer un testamento, y en segundo lugar, la de recibir y adquirir para sí ó para otro, ó por testamento de otro (2).

De la primera de estas dos facultades vamos á tratar en este lugar segun el texto.

La faccion de testamento no era de derecho privado, sino de derecho público : « *Testamenti factio non privati, sed publici juris est*», nos dice Papiniano (3). El derecho de arreglar su herencia, es decir, de darse para despues de su muerte en la asociacion general un continuador de su persona jurídica, no era una consecuencia necesaria de la propiedad ; era preciso haberlo recibido de la ley, y aquellos á quienes ésta no lo habia concedido, no tenian faccion de testamento (*quibus non est permissum facere testamentum*).

Importa distinguir dos cosas en la faccion de testamento : el derecho de tener un testamento, y el de hacerlo, es decir, la atribucion legal del derecho, y la capacidad suficiente para ejercerlo ; ó

(1) Ib. 31. Éste es el origen de las disposiciones análogas de nuestro derecho.

(2) De donde los comentadores han formado dos especies de faccion : *la faccion activa y la faccion pasiva* ; expresiones que no se han hallado nunca en la lengua del derecho romano. La faccion, es decir, la cooperacion á la formacion del testamento, era un acto activo, tanto de parte del testador, cuanto de parte del *familiæ emptor*, del *libripens* y de los testigos.

(3) D. 28. 1. 3.

más simplemente, el derecho y el ejercicio del derecho. Así es que todo ciudadano romano, jefe de familia, disfrutaba el derecho de tener testamento; pero si era loco ó impúbero, tenía una imposibilidad moral. Si era sordo-mudo, una imposibilidad física que le impedia testar y que le producia una incapacidad excepcional de ejercer el derecho, que segun la regla comun le correspondia.

Para la faccion de testamento, es decir, para poder formarlo, hacerlo válidamente, se necesitan las dos cosas: la atribucion legal del derecho, y la capacidad de ejercerlo; ambas son igualmente indispensables: si falta una ú otra, el testamento es nulo desde su principio, y no podrá nunca tener valor. Pero una vez hecho el testamento válidamente, se presentan importantes distinciones.

La capacidad de ejercer el derecho puede cesar y no volver á aparecer. El testador puede ponerse loco ó hallarse declarado pródigo legal, ó encontrarse sordo-mudo, y estar así en el momento de su muerte, lo que importa poco con tal que le quede el derecho de tener un testamento, en cuyo caso no tiene ya ninguna nesidad de ejercer este derecho, que ya ha ejercido, pues ha tenido la precaucion de hacer su testamento anticipadamente y en tiempo oportuno. Este testamento permanece válido, y la incapacidad subsecuente, que sólo afecta al ejercicio, no perjudica más al derecho del testador, á quien no perjudicaria la incapacidad física, resultado de la enfermedad y de la proximidad de la muerte.

Pero en cuanto á la atribucion legal del derecho en sí mismo, sucede todo lo contrario; es preciso que este derecho exista y se sostenga hasta la muerte. En efecto, el testamento sólo se hace en realidad para esta época suprema; si se ha formado ántes, sólo es por anticipacion. La disposicion de la herencia, aunque declarada con anticipacion, se juzga hecha por el moribundo en el momento mismo en que le abandona la vida; es preciso, pues, que en este momento tenga todavía, no sólo la capacidad de declarar su voluntad, sino el mismo derecho de disponer. Hay más: los principios rigurosos exigian que el derecho no hubiese dejado nunca de residir en él, desde el momento en que se habia hecho el testamento hasta el de la muerte. Si habia sido destruido en este intervalo, por un tiempo cualquiera, importaba poco que se hubiese restablecido ántes de la muerte, porque esto bastaba para hacer inútil el primer testamento; pero se podia hacer otro. Verémos

qué modificaciones introdujo el derecho pretoriano en este rigor de principios.

En resúmen, sentemos como regla que hay, en cuanto al derecho del testador, dos épocas que considerar : la de la confeccion del testamento y la de la muerte, y ademas el tiempo intermedio. La capacidad de ejercer el derecho no se exige sino en la primera de estas épocas, es decir, cuando se verifica la formacion del acta; pero el derecho en sí mismo se exige en todos los tiempos sin interrupcion, desde el testamento hasta la muerte.

Despues de estos preliminares, nos será fácil la inteligencia del texto.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi, jus non habent, adeo quidem ut, *quamvis parentes eis permiserint*, nihilo magis jure testari possint : exceptis iis quos antea enumeravimus, et præcipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus, initio, tantum militantibus datum est, tam auctoritate divi Augusti, quam Nervæ, necnon optimi imperatoris Trajani; postea vero subscriptione divi Hadriani et etiam dimissis a militia, id es veteranis, concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint. *Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus*, ad parentem eorum *jure communi* pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium

No es permitido á todos hacer testamento. Y desde luégo, los que se hallan sometidos á la potestad de otro no tienen este derecho, de tal manera que no pueden legalmente testar *ni áun con permiso de los jefes de familia* : es preciso exceptuar á los que ántes hemos mencionado, y particularmente á los hijos de familia militares, á quienes han permitido las constituciones imperiales disponer por testamento de las cosas adquiridas por ellos en campaña. Al principio este derecho, otorgado sucesivamente por el divino Augusto, por Nerva, y por el esclarecido príncipe Trajano, lo fué sólo en favor de los que se hallaban en el servicio. Pero posteriormente lo extendió el divino Adriano á los que habian obtenido su licencia, es decir, á los veteranos. Si, pues, éstos han dispuesto por testamento de su peculio castrense, este peculio corresponderá á aquel á quien hayan instituido heredero : *pero si han muerto abintestato, sin dejar hijos ni hermanos*, su peculio corresponderá al jefe de familia, *segun el derecho comun*. Por esto podemos conocer que el peculio castrense del soldado que se halla bajo la patria potestad no puede quitársele por el padre, ni ser vendido ni embargado por los acreedores de este mismo, y que á la muerte del dicho padre, su propiedad no es comun á los hermanos, sino que exclusivamente corresponde al que la ha adquirido en campaña; aunque,

ejus esse qui id in castris adquisierit; quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia, perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur. Exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus, et præcipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur. *Præter hos igitur*, qui castrense vel quasi-castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

segun el derecho civil, los peculios de todos los que se hallan bajo la patria potestad se cuenten en el número de los bienes del jefe de familia, como lo son los peculios de los esclavos en el número de los bienes de su señor : á excepcion, sin embargo, de los bienes que las constituciones imperiales, y especialmente las nuestras, han sustraido, por diversas causas, á la adquisicion del padre de familia. *Fuera de los que tienen un peculio castrense ó cuasi-castrense*, si cualquier otro hijo de familia hace testamento, ejecuta un acto inútil, áun cuando el testador ántes de su muerte llegase á ser jefe de familia.

Este párrafo preliminar es relativo al derecho mismo de testar, y los siguientes á la capacidad de ejercerlo. Aquellos á quienes no ha sido atribuido el derecho de testar son :

Los esclavos, y por consiguiente, los que han experimentado la máxima disminucion de cabeza, ya por la servidumbre de la pena, ya por la cautividad, ya por hallarse en poder del enemigo. Vemos, sin embargo, en Ulpiano, que los esclavos públicos del pueblo romano (*servus publicus populi romani*) podian disponer por testamento de la mitad de su haber (1);

Los *peregrini*, á quienes no habia sido concedido el derecho de comercio, y por consiguiente, los que habian experimentado la media disminucion de cabeza. — Sin embargo, los *peregrini*, especialmente ciudadanos de una ciudad (*certæ civitatis cives*), podian testar en ella segun las leyes de dicha ciudad (2);

Aquellos cuyo estado fuese incierto ó dudoso (*qui incertus de statu suo est; de statu suo dubitantes vel errantes*). Tal sería el esclavo manumitido por testamento de su señor, que ignorase la muerte de éste, y que hubiese tenido lugar la adicion. Así, pues, es preciso tener la conciencia y la certidumbre de su estado y del derecho que éste produce (3);

Ni los manumitidos, ni áun los hijos de manumitidos, tenian el derecho de testar, segun la legislacion primitiva, anterior á la ley de las Doce Tablas. Cuando se verificó la redaccion de estas le-

(1) Ulp. Reg. 20. 16.
(2) Ibid. § 14.
(3) D. 28. 1. 14. f. Paul. — 15. f. Ulp.

yes se vieron obligados los patricios á templar en esta parte el rigor de aquélla. Posteriormente, cuando se distinguieron tres clases de manumitidos, las dos nuevas clases que fueron creadas, es decir, los *Latino-Junianos* y los *dediticios*, no tuvieron derecho de testar (1). En tiempo de Justiniano ya no existian estas diferencias;

Las personas declaradas *intestabiles*, de que ya hemos hablado ántes.

Y en fin, los hijos de familia, los únicos de que habla el texto. Acerca de ellos no podia hablarse de testar, pues no tenian propiedad *quoniam nihil suum habent*, dice Ulpiano.

Quamvis parentes eis permisserint. El consentimiento del padre, en quien se concentraba la propiedad, era ineficaz é impotente, porque puede hacerse por otro la enajenacion de una cosa suya, pero no una disposicion testamentaria: en el primer caso hay un derecho privado, y en el segundo un derecho público.

Cuando fué atribuida á los hijos de familia la propiedad de ciertos peculios, no fué suficiente este derecho para que en él se entendiese el de testar, porque lo uno, segun lo que hemos ya dicho, no es consecuencia necesaria de lo otro. Fué preciso que les fuese especialmente concedida la faccion de testamento, y lo fué gradualmente del modo indicado en el texto: primero para el peculio *castrense* y en favor únicamente de los militares; despues para el peculio *cuasi-castrense* y en favor sólo de ciertas clases; y en fin, para cuantos tenian esta clase de peculio lo fué por Justiniano.

Si vero intestati decèsserint. La situacion del peculio castrense era muy diversa, segun que el hijo de familia muriese habiendo dispuesto ó no por testamento de su peculio. Si habia testado, formaba el peculio castrense una verdadera herencia testamentaria, deferida bajo esta calidad á los que habia designado por herederos (*testamento facto, pro hereditate habetur castrense peculium*). Si habia muerto sin testar, no formaba el peculio castrense una herencia *ab intestato;* pero no habiendo el hijo usado del derecho que le habia sido concedido, entraba el peculio castrense en el derecho comun, es decir, en el derecho de todos los peculios, el jefe de familia lo recibia, no por derecho hereditario, sino por derecho de peculio (*non quasi hereditas, sed quasi peculium*) (2), como cosa

(1) Ulp. Reg. 20. 14.
(2) D. 49. 17. 1 y 2. f. Ulp.

que le pertenecia segun el derecho antiguo (*antiquo jure*), y áun por una especie de *postliminium*, se juzgaba que el padre nunca habia sido privado de esta propiedad, y se hacian válidos los actos de enajenacion que hubiese podido ejecutar ántes de la muerte de su hijo : « *Quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia* » (1). En efecto, dice en este lugar Teófilo en su paráfrasis, cuando aquel á quien por innovacion ha sido concedida alguna gracia excepcional no ha usado de ella, la antigua ley recobra su efecto.

Nullis liberis vel fratribus superstitivus. Es una derogacion introducida en el derecho que acabamos de exponer. Así, muerto el hijo abintestato, su peculio castrense no pasa inmediatamente á título de peculio al jefe de familia, sino que con preferencia pasa como sucesion *ab intestato*, á sus hijos, y á falta de éstos, á sus hermanos. Sólo en el caso de que el hijo difunto no dejase ni hijos ni hermanos, pasa al padre el peculio castrense.

Jure communi. Pero entónces, ¿pasará al jefe de familia á título de peculio segun el derecho comun á todos los peculios, ó bien será deferido á los ascendientes á título de sucesion *ab intestato*, segun el derecho comun de las sucesiones introducidas por Justiniano? ¿Las palabras *jure communi* de nuestro texto tienen la primera ó la segunda significacion? Los comentadores la interpretan en el último sentido, pero la paráfrasis de Teófilo les da una significacion absolutamente contraria : *segun el derecho comun*, dice el profesor contemporáneo de Justiniano, es decir, como un peculio ordinario. Volverémos á tratar este punto cuando nos ocupemos de las sucesiones.

Præter hos igitur Aunque los hijos de familia tengan la propiedad del peculio adventicio, no pueden disponer de ella por testamento, porque ninguna ley les concede este derecho.

1. Præterea testamentum facere non possunt : impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit.

1. Ademas, no pueden hacer testamento los impúberos, porque carecen de juicio, ni los locos, porque carecen de razon. Y poco importa que en lo sucesivo muera el impúbero despues de llegar á la edad de la pubertad ó el loco despues de reco-

(1) Ib. 19. § 3. f. Tryf.

Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur : certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum, aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

brar su razon; sin embargo, el testamento hecho por el loco en un lúcido intervalo se reputa válido, y con mayor razon el que hubiese hecho ántes de su locura. Porque la locura que sobreviene no puede hacer nulo, ni el testamento ni ningun otro acto ejecutado ántes válidamente.

II. Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed id quod fecit antequam interdictio bonorunt et fiat ratum est.

2. Del mismo modo el pródigo á quien se le ha quitado la administracion de sus bienes, no puede hacer testamento; pero es válido el que haya ejecutado ántes de su interdiccion ó declaracion legal.

III. Item surdus et mutus *non semper* testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non eo qui tarde exaudit : nam et mutus is intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam literati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Unde *nostra constitutio etiam is subvenit*, ut, certis casibus et modis secundum normam ejus, possint testari, aliaque facere quæ eis permissa sunt. Sed si quis post factum testamentum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, *ratum* nihilominus ejus *permanet testamentum.*

3. El sordo y el mudo *no pueden siempre hacer testamento* Por sordo entendemos el que no puede absolutamente oir nada, y no el que oye con dificultad : por mudo, el que no puede hablar de ningun modo, y no el que habla difícilmente. Pero suele suceder que algunos hombres, áun letrados y eruditos, pierden por diversos accidentes la facultad de oir y de hablar, por lo que *una de nuestras constituciones ha subvenido á esta necesidad*, á fin de que en ciertos casos y con ciertas formas, segun las reglas en la misma establecidas, puedan testar y ejecutar otros actos, que les son permitidos. Mas si alguno despues de haber hecho su testamento ha quedado sordo ó mudo por efecto de una enfermedad, ó de cualquier otro accidente, su testamento *no por eso es ménos válido.*

Non semper. No lo podian sino por excepcion : ya por privilegio militar, ya por concesion de algun permiso imperial que hubiesen obtenido individualmente (1).

Nostra constitutio etiam his subvenit. Esta constitucion, décima del título 22 del libro 6.° del código, concede la facultad de hacer testamento á todos los sordos y mudos que se hallen en estado de manifestar su voluntad, ya porque sólo tienen una ú otra de estas desgracias, ya porque sólo accidentalmente se hallan en tal estado y saben escribir, ya por cualquiera otra causa. La faccion de testa-

(1) D. 28. 1. 7. f. Emil. Mac.

mento sólo queda prohibida á aquellos que se hallen realmente en la imposibilidad física de hacerlo, como los sordo-mudos de nacimiento.

Ratum permanet testamentum. Siendo este párrafo y los dos anteriores relativos únicamente á incapacidades que afectan al ejercicio y no al derecho, es preciso aplicarles los principios generales que hemos expuesto; es decir, que el testamento en la época de la impubertad, de la demencia ó de la interdiccion, no será nunca válido, áun cuando estas causas de incapacidad llegasen á cesar; y en sentido contrario, el testamento hecho en plena capacidad será válido áun cuando sobrevengan la demencia, la interdiccion, el mutismo y la sordera. El por qué lo hemos suficientemente explicado.

IV. Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationen quam *lex divi Justini*, patris nostri, introduxit.

4. El ciego no puede hacer testamento sino observando las formas introducidas por la ley del emperador Justino, nuestro divino padre.

Lex divi Justini. Esta constitucion es la octava del título del código ya citado. En el antiguo derecho ninguna regla impedia á los ciegos que testasen: « *Cæcus testamentum potest facere*, dice Paulo en sus sentencias, *quia accire* (scire) *potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes* » (1). Pero el padre adoptante de Justiniano, para asegurar de todo fraude el testamento del ciego, lo sometió á una fórmula particular: exigió ademas de los siete testigos, la asistencia de un escribano (*tabullarius*), y á falta de éste, la de un octavo testigo, que en el caso de un testamento nuncupativo, debia escribirlo él mismo dictándole el ciego, y en el caso de un testamento escrito ántes, leerlo al ciego en presencia de los testigos, á fin de pudiese aquél reconocer su voluntad y declararla.

V. Ejus qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit *non valet, quamvis redierit.* Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, *sive redierit, valet jure postliminii; sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

5. Respecto de aquel que se halla cautivo en poder del enemigo, el testamento que haya hecho allá *no es válido ni áun en caso de vuelta.* Pero el que hubiese hecho hallándose todavía en la ciudad, valdrá, *ya en caso de vuelta por derecho de postliminium, ya en caso de morir en poder del enemigo, por la ley Cornelia.*

---

(1) Paul Sent. lib. 3. tit. 4. § 4.

Conviene referirse, para la inteligencia de este párrafo, á todo lo que hemos dicho acerca del *postliminium* y de la posicion del ciudadano prisionero en poder del enemigo. En resúmen, allí hemos visto : 1.°, que todo lo que se relaciona con el ejercicio de los derechos, todo lo que consiste en hechos, en accion, le está prohibido *durante su cautiverio*, y nunca será ratificado, tanto en el caso de que regrese como en el de que muera en poder del enemigo; 2.°, que todo lo que consiste en derechos (*quæ in jure consistunt*) está, no destruido para él, sino suspendido (*in suspenso retinentur, non abrumpuntur*), y le será devuelto, si vuelve, por efecto del *postliminium*, como si no hubiese estado nunca en poder del enemigo (*pro eo ac si nunquam iste hostium potitus fuisset*); en fin, que si muere entre los enemigos, será considerado como muerto respecto de todos sus derechos, y no en esclavitud, sino en el momento en que ha caido prisionero (*quasi tunc decesssisse videtur cum captus est*). Apliquemos estos principios al testamento.

Non valet, quamvis redierit. Porque se trata de un testamento *hecho entre el enemigo;* es decir, del ejercicio del derecho, de un hecho, de un acto consumado por el prisionero encadenado.

Sive redierit, valet jure postliminii. Porque habiendo sido hecho el testamento *ántes de caer prisionero,* no se trata ya del ejercicio del derecho, sino sólo del mismo derecho, que se halla, no destruido, sino suspenso por el cautiverio, y que se juzga no haberse perdido jamas si se cumple la condicion del regreso.

Sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia. Segun el rigor de los principios, el prisionero muerto entre los enemigos habia muerto esclavo; el *postliminium* no se habia cumplido para él, habia experimentado la gran disminucion de cabeza, habia muerto no teniendo ningun derecho, ni por consiguiente, el de dejar un testamento válido. Tal fué el rigor del derecho hasta la ley CORNELIA *de falsis*, llamada tambien *lex* CORNELIA *testamentaria.* Esta ley, cuya fecha es del fin de la república (año de R. 686), está en el número de los plebiscitos expedidos en tiempo de la dictadura de Cornelio Sila, que todos recibieron indistintamente por denominacion el nombre del dictador, seguido de la designacion del objeto á que aludian (*Hist. del der.*, p. 210). La ley CORNELIA *de falsis* introdujo una nueva controversia criminal contra los diferentes delitos de falsedad, y especialmente de falsedad en materia de testamento, cuyos diferentes casos previó, ya procediesen de alteracion, subra-

yado ó suplantacion de las disposiciones testamentarias, rotura ó falsa imposicion de sellos, desfiguracion ó supresion del acta, ó de otro modo cualquiera. En las sentencias de Paulo se halla un título entero dedicado á esta ley, y uno en el Digesto (1). Si la ley Cornelia se hubiese propuesto el derecho riguroso respecto del testamento del ciudadano muerto prisionero del enemigo, no habria considerado punibles los actos cometidos contra este testamento, pues era nulo sin el regreso. Pero al contrario, por una disposicion especial les aplicó la misma penalidad, como si el testador no hubiese nunca caido en poder del enemigo y hubiese muerto siendo ciudadano (*perinde ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent.—Atque si in civitate decessisset*); de lo que se deduce la consecuencia de que las herencias, las tutelas y todas las demas disposiciones contenidas en estos testamentos, se hallan confirmadas por la ley Cornelia : *Lex Cornelia confirmat :* tales son las expresiones de los diferentes juriconsultos que han llegado á nosotros (2). Este principio se extendió : así, pues, se le aplicó á modo de consecuencia á las tutelas y á las herencias legítimas (3); y en fin, á todas las partes del derecho, y se hizo de él esta regla general, que ya hemos expuesto, tomada de Ulpiano : «*In omnibus partibus juris is qui reversus non est ab hostibus cuasi tunc decessisse videtur cum captus est*» (4). Esto es lo que los comentadores han llamado *ficcion de la ley Cornelia;* pero esta expresion no pertenece á los juriconsultos romanos, los que dicen siempre : por la ley Cornelia, por el beneficio de la ley Cornelia : *ex lege Cornelia, beneficio legis Corneliæ.*

TITULUS XIII.	TÍTULO XIII.
DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.	DE LA DESHEREDACION DE LOS HIJOS.

El derecho primitivo no imponia ninguna restriccion al jefe de familia en la disposicion testamentaria de sus bienes. «Esta expre-

(1) Paul. Sent. lib. 4. tit. 7 : *De lege Cornelia.* «§ 1. *Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, pœna legis Corneliæ de falsis tenebitur, id est, in insulam deportatur.*» Dig. 48. 10.

(2) Ulpiano se expresa así en el tit. 23. Reg. § 5. «..... *Ex lege Cornelia, quæ perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset*»; y en el Dig. 28. 3. 6. § 12.—JULIANO, en el Dig. 28. 1. 12, y en el mismo libro, tit. 6. f. 28.—PAUL, en sus sentencias, lib. 3. tit. 4. § 8.

(3) «.....*Beneficio legis Corneliæ, qua lege etiam legitimæ tutelæ hereditatesque firmantur.*» PAUL, Sent. 3. 4. § 8.

(4) D. 49. 15. 18. f. Ulp.

sion de las Doce Tablas, *uti legassit suæ rei ita jus esto*, nos dice Pomponio, parece que concede el más ámplio poder en la institucion de los herederos, en la concesion de los legados, de las libertades y en la constitucion de las tutelas; pero esto se restringió, tanto por la interpretacion como por la autoridad de las leyes y de los que establecen el derecho» (1), es decir, de los pretores y de los emperadores.

En efecto, la jurisprudencia consideró que las personas que están bajo el poder ó la mano del jefe de familia formaban en cierto modo con él un solo y único sér colectivo en lo tocante á la propiedad; y despues de su muerte recogian esta misma propiedad si se sucediesen á sí mismas, como si fuesen sus propios herederos, aunque se les llamaba *heredes sui*, como se necesitaba, á lo ménos para excluirlos de esta propia sucesion, declararlo formalmente. De esto nació la obligacion impuesta al jefe de familia que testaba, de instituir estas personas ó desheredarlas.

Por lo demas, como el jefe de familia quedó enteramente libre para hacer lo uno ó lo otro, con tal que lo declarase, esta condicion le fué impuesta, no tanto para ligar su voluntad como para hacerla más evidente, y para asegurar su ejecucion, á fin de que no hubiese ninguna duda sobre si habia realmente querido excluirlos, ó bien si no habia pensado en ellos, ya por olvido, ya por no saber si existian.

No se conoce el orígen exacto de este nuevo derecho; pero estaba ya en uso en tiempo de Ciceron, que habla de él en su tratado del Orador (2).

La desheredacion se hacía de dos maneras: ó *nominativamente*, esto es, designando por su nombre al desheredado, *Titius filius meus exheres esto*, ó al ménos por una indicacion precisa é individual, como si no teniendo más que un hijo, se dijesese: *filius meus exheres esto*, esto es lo que los romanos llamaban *nominatim exheredare;* ó se hacía colectivamente, esto es, comprendiendo todas las personas en una desheredacion general: *ceteri exheredes sunto;* esto es lo que se llamaba *inter ceteros exheredare.* Ciertas personas no podian ser válidamente desheredadas si no lo eran nominalmente, y otras podian serlo en conjunto, *inter ceteros.*

Por otra parte, si los hijos no estaban ni instituidos ni deshere-

(1) D. 50. 16. 120. f. Pomp.
(2) Cicer. *De oratore,* 1. 38.—Valer. Maxim. lib. 7. cap. 7. ex. 1.

dados, aunque hubiese alguna disposicion de legados ó fideicomisos en su favor, no por eso estaban ménos omitidos ó preferidos; porque respecto del derecho de herencia habia realmente omision para ellos.

Una circunstancia muy digna de tomarse en cuenta es que para que se pudiese desheredar á alguno (*exheredem scribere*, *exheredare*), esto es, desecharlo de la herencia (*ex hereditate repellere*), era preciso que éste fuese llamado por la ley. La duda acerca de cuáles eran aquellos que el jefe de familia debia necesariamente desheredar, si no los queria por herederos suyos, se redujo á saber ántes que todo quiénes eran aquellos que estaban llamados á su herencia; y como la obligacion sólo existia respecto de los herederos suyos, se trató de averiguar cuáles eran los herederos suyos. Así es que la necesidad de la desheredacion se enlaza íntimamente con el derecho de sucesion *ab intestato* de los herederos suyos; la una ha seguido las vicisitudes de la otra. Por lo demas, lo mismo que respecto de las sucesiones *ab intestato* en general y de la clase de herederos suyos en particular, verémos que es preciso distinguir atentamente tres clases de sistemas: el derecho civil primitivo, el derecho pretoriano, y finalmente el derecho introducido por los emperadores: del mismo modo es necesario hacer tres distinciones relativamente á la desheredacion. Éste es, con corta diferencia, el órden con que las Institutas exponen las reglas de ellas, copiando casi literalmente las Institutas de Gayo en este particular.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio quam supra exposuimus; sed qui *filium in potestate* habet, curare debet ut eum heredem instituat vel exheredem nominatim faciat. Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem ut, et si vivo patre filius mortuus sit, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet *ab initio non constiterit* testamentum. Sed non ita *de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus* liberis utrusque sexus antiquitate fuerat observatum: sed si non fuerant scripti heredes scriptæve, vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, sed *jus adcrecendi* eis præstabatur *ad certam portionem*. Sed nec nominatim eas personas exheredare

La observancia de las reglas que hemos expuesto no basta del todo para dar validez al testamento; es preciso ademas que el que tiene *un hijo bajo su potestad*, tenga cuidado de instituirlo heredero ó desheredarlo nominalmente, porque si lo ha pasado en silencio, el testamento será nulo, y de tal modo nulo, que si el hijo muriese ántes de su padre, nadie podrá ser heredero en virtud de este testamento, porque *nada ha valido desde* el principio. En cuanto *á las hijas y demas descendientes por línea de varon*, de uno ú otro sexo, no era uno mismo el derecho en la antigüedad. Cuando no habian sido ni instituidos ni desheredados, el testamento no por esto adolecia de ningun defecto: únicamente tenian el derecho de *concurrir por una cierta*

parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur : TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO, sive ita : FILIUS MEUS EXHEREDES ESTO, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

parte con los herederos constituidos. Ademas, los jefes de familia no estaban obligados á desheredarlos nominalmente, pues podian hacerlo *inter ceteros*. La desheredacion se hace nominalmente cuando se dice : QUE MI HIJO TICIO SEA DESHEREDADO, ó simplemente : QUE MI HIJO SEA DESHEREDADO, sin añadir el nombre propio, con tal que no haya otro hijo.

Filium in potestate. El derecho civil sólo considera aquí los hijos sometidos á la potestad del jefe ó la mujer que se halla bajo su mano (*in manu*); sólo éstos son partes en la copropiedad de familia, y por consiguiente, *sui heredes*.

Resulta del texto que los hijos deben ser desheredados nominalmente, y que si no son ni instituidos ni desheredados, el testamento es radicalmente nulo desde el principio.

Ab initia non constiterit. Este punto habia sido materia de controversia entre las dos sectas de jurisprudentes. «Nuestros maestros, dice Gayo hablando de los Sabinianos, juzgan que la institucion es nula desde el principio; pero los autores de la escuela contraria (los Proculeyanos) creen que si el hijo ántes de morir el padre, llega á no existir ya en la familia (*interceptus est*), como no sirve ya de obstáculo, la herencia puede adquirirse en virtud del testamento» (1). La opinion contraria prevaleció, y Ulpiano, Paulo, y en fin, la Instituta de Justiniano, la adoptan sin ponerla ya en duda (2).

De filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus. Respecto de las hijas, nietos, nietas ú otros descendientes, se habia considerado siempre el vínculo de la patria potestad como ménos fuerte é importante que respecto de los hijos. Así sucedia que en el primer caso bastaba una sola mancipacion para destruirle, miéntras que se necesitaban tres para un hijo. Con motivo de la desheredacion hallamos una diferencia fundada en la misma idea. 1.° Las hijas, nietos, nietas y otros descendientes podian ser desheredados *inter ceteros* por la fórmula general *et ceteri exheredes sunto*, en la que

(1) Gayo 2. § 123.

(2) Ulp. Reg. 22. 16.—D. 28. 2. 7. f. Paul.—Sin embargo, Papiniano decide en un cierto caso, que á pesar de la sutileza del derecho (*licet subtilitas juris refragari videtur*), si el hijo omitido ó preterido se abstuvise de la herencia que ha sido *trasladada á sus hermanos*, la voluntad del testador, *respecto de los legados y libertades, será protegida conforme á equidad* (*ex æquo et bono*). D. 28. 3. 17.

todos se hallan comprendidos; 2.° si eran omitidos, no por eso era nulo el testamento; pero sólo las hijas y los descendientes omitidos concurrirán con los herederos instituidos á tomar una parte determinada en la sucesion.

Per virilem sexum descendentibus, dice nuestro texto, porque sólo éstos eran en la familia *sui heredes;* los hijos de hijas y otros descendientes por la línea femenina no se hallaban en ella, como ya hemos explicado exponiendo la composicion de las familias; pero debemos añadir todavía, con ocasion de los nietos, nietas y otros descendientes, que la necesidad de instituirlos ó de desheredarlos se aplicaba sólo á aquellos que se hallaban bajo la inmediata potestad de su abuelo el testador; porque si su padre los precedia, éste era el heredero suyo y el que debia ser instituido ó desheredado, y no aquéllos.

Jus adcrescendi ad certam portionem. En caso de omision se agregan á los herederos instituidos por el testamento, y toman, en concurrencia con ellos, una parte que varía segun que dichos herederos son herederos suyos ó extraños. En el primer caso, las hijas ó los descendientes instituidos, toman una parte viril, una parte de heredero: son contados por un heredero más; y en el segundo caso toman la mitad: «*Scriptis heredibus adcrescunt*, dice Ulpiano, *suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidium*» (1).

I. *Postumi* quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari. Et *in eo per omnium conditio est*, quod et filio postumo, et quolibet ex ceteris liberis sive masculini sexus sive feminini præterito, valet quidem testamentum; sed postea agnatione postumi sive postumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeun-

1. Los hijos *póstumos* deben tambien ser ó instituidos herederos ó desheredados. *Y su condicion es la misma, en cuanto* la omision de un póstumo, ya sea hijo, ya cualquiera otro descendiente del sexo masculino ó femenino, cuando ocurre, no por eso es ménos válido el testamento. Pero posteriormente se rompe por la agnacion de aquel póstumo ó de esta póstuma, y queda todo él viciado. De donde se sigue que si la mujer, de quien se esperaba un póstumo ó una póstuma, abortase, nada impide que los herederos inscriptos se apo-

(1) Ulp. Reg. 22. 17.—En el caso en que haya á un tiempo herederos suyos y extraños, se sigue la misma regla combinándola respectivamente para cada uno. Paulo expone muy bien y con mucho laconismo las consecuencias de ellas en este ejemplo: *Filio et extraneo æquis partibus heredibus institutis*, dice, *si præterita adcrescat, tantum suo avocavit* (se llevará) *quantum extraneo. Si vero duo sint fili instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Paul, Sent. 3. 4. bis. 8.

dam. Sed feminini quidem sexus postumæ vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant : dum tamen inter ceteros si exheredentur, aliquid eis legetur, *ne videantur præteritæ esse per oblivionem.* Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non recte exheredari, *nisi nominatim exheredentur*, hoc scilicet modo : QUICUMQUE MIHI GENITUS FUERIT, EXHERES ESTO.

deren de la herencia. Por lo demas, respecto de los póstumos del sexo femenino, habia la costumbre de desheredarlos ó nominalmente ó *inter ceteros*, con tal que en este último caso les fuese legada alguna cosa, á *fin de que no pareciesen* omitidos por olvido. En cuanto á los póstumos varones, como los hijos y demas descendientes, no podian ser regularmente desheredados, sino *nominalmente;* es decir, de esta manera : EL HIJO QUE ME NAZCA QUE SEA DESHEREDADO.

Postumi. Sólo se trata en este párrafo de los póstumos propiamente dichos, de los que nacen despues de la muerte del padre, segun la definicion de Ulpiano : *Postumos autem dicimus eos dumtaxat qui post mortem parentis nascuntur*, es decir, en materia de testamento, de los que han nacido despues de la muerte del testador (1).

Todos los póstumos en general eran incapaces de ser instituidos herederos y de recibir ningun legado, porque respecto del testador muerto ántes de su nacimiento no habian sido nunca sino personas inciertas ; pero *incerta persona heres institui non potest* (2).

Sin embargo, podia suceder que el póstumo, aunque incapaz de ser instituido testamentariamente, naciese heredero suyo del testador, como, por ejemplo, si fuese un hijo de que hubiese dejado encinta á su mujer, ó bien un nieto, que su nuera, ya viuda en el momento de la muerte, hubiese dado á luz despues de su fallecimiento. En estos casos y otros semejantes el hijo concebido ya en vida del testador, y en un estado tal que, aunque todavía en el seno materno en el momento de su muerte, no tardase en hallarse bajo su potestad, este hijo nacia libre y heredero suyo (*heres suus*), como ya circunstanciadamente lo hemos explicado.

¿Y el testamento del difunto en qué venía á parar? Quedaba roto por la agnacion del póstumo; porque habria sido inícuo y áun contrario á las intenciones del testador, conservar un testamento por el que nada podria percibir este niño, y despojarle completamente de la herencia paterna. Mas, por otra parte, véase un caso en que el derecho de testar se hallaba inevitablemente paralizado,

(1) V. lo que hemos ya dicho de los póstumos.

(2) Ulp. Reg. 22. 4.

sin que fuese posible ejercitarlo, previendo el nacimiento que iba á ocurrir.

Por esto se conoció la necesidad de permitir al testador de arreglar sus disposiciones testamentarias, comprendiendo en ella á esta especie de póstumo, á quien entónces fuese permitido instituir. Aquilio Galo, jurisconsulto de los últimos tiempos de la República, discurrió una forma que nos ha conservado el Digesto, y con cuyo auxilio se hacía regular el instituir hijos póstumos, que no se hallasen en esta posicion, pero que fuesen susceptibles de llegar á ella en adelante, como, por ejemplo, el nieto que podria nacer de un hijo que viviese todavía: no haciendo más que una institucion condicional para el caso en que, ántes de la muerte del testador, el hijo ya concebido, habiendo perdido á su padre, debiese nacer *sui juris* y *suus heres* (1). En fin, la condicion, aunque no expresada, acabó por considerarse siempre como supuesta.

Desde entónces se distinguieron los póstumos en dos clases, á saber: los póstumos suyos (*postumus suus*), los que debian nacer entre los herederos suyos del testador, y los póstumos extraños (*postumus alienus*), que eran todos los que no debian nacer entre estos herederos, aunque fuesen por otra parte individuos de la familia: «*Est autem alienus postumus*, dice Gayo, *qui natus, inter suos heredes testatori non est*» (2). Las disposiciones testamentarias quedaron siempre prohibidas por el derecho civil respecto de los póstumos extraños; pero los póstumos suyos pudieron ser instituidos y recibir por el testamento del jefe de familia.

Como consecuencia de esta capacidad, se hizo posible y al mismo tiempo necesario, si no se los queria por herederos, desheredarlos, á fin de que al nacer, y en calidad de herederos suyos, no rompiesen el testamento.

In eo per omnium conditio est. No hay ninguna distincion respecto de los póstumos en cuanto al efecto de su omision en la validez del testamento. Que sea un hijo póstumo, una hija, un nieto, ó cualquier otro descendiente póstumo el que haya sido omitido, no por eso es ménos válido el testamento en su principio, porque al tiempo de su formacion no existian estos póstumos ni habia

(1) «Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus, nata erit heredes sunto.*» (D. 28. 2. 29. pr. f. Scævol.)

(2) G. 2. § 241.

ningun derecho para ellos, y por consiguiente, ninguna necesidad actual de desheredarlos; pero con su nacimiento, tratándose ya de un hijo, de una hija ó de cualquiera otro, el testamento en que hayan sido omitidos queda roto.

En cuanto al modo de desheredar, existia una diferencia entre los póstumos del sexo femenino y los del sexo masculino: los primeros podian ser comprendidos en la desheredacion general *inter ceteros;* y los segundos debian ser desheredados nominalmente.

Ne videantur præteritæ per oblivionem. Diciendo el testador: «*Ille mihi heres esto, ceteri exheredes sunto*», podian las mujeres póstumas hallarse comprendidas en esta desheredacion colectiva; pero ¿cómo podia probarse en este caso la intencion del testador, cómo distinguir si habia pensado en ellas, previendo la posibilidad de su nacimiento, y querido desheredarlas? La mencion especial que el testador hacía de ellas, dejándoles colectivamente un legado, por pequeño que fuese, suministraba esta prueba: «*Ille mihi heres esto, ceteri exheredes sunto: postumæ vero meæ, si qua nascetur, centum solidos do, lego*», podia decir el testamento, y entónces no habia ya ninguna duda: las mujeres póstumas quedaban comprendidas en la desheredacion *inter ceteros.*

Nisi nominatim exheredentur. Mas ¿cómo designar por sus nombres á póstumos que todavía no han nacido? dice Teófilo. Esto debe entenderse como una designacion nominal de la clase de póstumos, y no una designacion individual: *quisquis mihi postumus natus fuerit exheres esto;* ó bien la que da el texto, ó simplemente: *quicumque mihi nascetur;—postumus exheres esto;—venter exheres esto*, ú otras semejantes. Si no se quisiese desheredar sino á algunos de ellos, sería preciso designarlos indicando la madre: *qui ex Seia nascetur*, ó de cualquiera otra manera (1).

II. Postumorum autem loco sunt et hi qui in sui heredis loco succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce si quis filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat: quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint.

2. Deben ser asimilados á los póstumos los que, ocupando el lugar de un heredero suyo, se hacen por esta cuasi agnacion herederos suyos de su ascendiente. Así, por ejemplo, cualquiera que tiene bajo su potestad un hijo, y de este hijo un nieto ó una nieta, como el hijo es más próximo en grado, él solo tiene los

(1) Es bueno leer sobre este párrafo, y en general sobre todo este título, la paráfrasis de Teófilo, que da explicaciones muy claras.—V. tambien el Dig. 28. 3. 3. § 5. f. Ulp.

Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipiunt nepos neptisve in ejus loco succedere, et eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modò rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debet testator ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere vel exheredare, ne forte eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpant testamentum. Itque lege *Junia Veleia* provisum est, in qua simul *exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.*

derechos de heredero suyo, aunque sus hijos se hallen con él bajo el mismo jefe. Pero si en vida de este jefe muere el hijo ó sale de su potestad de cualquier otro modo, desde entónces el nieto ó la nieta ocupa su lugar, y adquiere así por cuasi-agnacion los derechos de herederos suyos. Es preciso, pues, para que el testamento no sea roto por este suceso, que el testador, al mismo tiempo que se halla obligado á instituir ó á desheredar á su hijo para la validez del acto, cuide de instituir ó de desheredar tambien á su nieto ó nieta, por temor de que, llegando á morir su hijo en vida suya, no rompan los nietos, al ocupar lugar, el testamento por cuasi-agnacion. A esto provee la ley *Junia Veleya*, en la que *la forma de esta desheredacion se indica por asimilacion con la de los póstumos.*

Todo lo que hemos dicho acerca del párrafo anterior, sólo se refiere á los póstumos propiamente dichos, á los herederos suyos nacidos despues de la muerte del testador. Mas podria suceder que en vida de éste y despues de la formacion de su testamento, sobreviniesen nuevos herederos suyos, cuya agnacion, es decir, la adjuncion ó agregacion á la familia, llegase á romper el testamento. El mal en este caso no era irremediable : el testamento quedaba roto, pero viviendo todavía el testador podia rehacerlo, teniendo en cuenta al nuevo heredero suyo que le habia nacido. Tambien el permiso ó facultad de instituir ó desheredar anticipadamente á los póstumos habia sido únicamente introducido por el uso respecto de aquellos que naciesen despues de la muerte del testador, y no respecto de aquellos que naciesen en vida suya y despues de la formacion del testamento. En cuanto á estos últimos hubo una ley posterior y especial, la ley JUNIA VELEYA, que proveyó á que su nacimiento no rompiese inevitablemente el testamento (*voluit vivis nobis datos similiter non rumpere testamentum*), permitiendo instituirlos ó desheredarlos. Por manera que Ulpiano resume el derecho relativo á los póstumos en los términos siguientes : « *Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes ; si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili* (es decir, por el derecho civil que resulta del

uso y de la interpretacion); *si vero viventibus nobis ex lege Julia* (es preciso leer *Junia*) (1).

Lege Junia Velleia. Esta ley JUNIA (así es como la llama Gayo, y no Julia) (2), fué publicada en los últimos años del imperio de Augusto, 763 de la fundacion de Roma, y contenia muchos capítulos; el primero era relativo á los hijos que no hubiesen nacido al tiempo de la formacion del testamento, pero que pudiesen nacer despues herederos suyos, viviendo aún el testador; permitia instituirlos ó desheredarlos anticipadamente, aunque esto era contrario á las leyes del derecho comun, porque en la época del testador eran personas inciertas. Una parte del texto relativo á este capítulo ha llegado hasta nosotros: «*Qui testamentum faciet, is omnis viriles sexus qui ei suus heres futurus erit.....* (probablemente podrá instituirlo ó desheredarlo), *etiam si parente vivo nascatur*» (3).

El segundo capítulo era relativo á los nietos del testador, que ya habian nacido en el momento de la formacion del testamento, pero que en esta época, ni se hallaban en el número de los herederos suyos, porque eran precedidos en la familia, y por consiguiente en la herencia, por su padre. En esta situacion, el jefe de familia podia seguramente instituirlos si queria, pues ya eran nacidos y capaces de recibir; pero hemos visto poco ántes que no debia ni áun podia desheredarlos, rechazarlos de la herencia, porque no eran á ella llamados. Sin embargo, podia suceder que el padre que los precedia llegase á morir, á ser emancipado ó á salir de la familia de cualquier modo en vida del testador, en cuyo caso se consideraba que subian á primera línea, que se hacian herederos suyos en su lugar, y que por esta *cuasi-agnacion*, por esta especie de adjuncion, se rompia el testamento en el cual no se les hubiese instituido y en el que no se hubiese podido desheredarlos. La ley JUNIA VELEYA permitió al testador, previendo este caso, de no instituirlos, pues podian serlo regularmente, pero sí desheredarlos, aunque no fuesen todavía herederos suyos (*posteriori capite non permittit instittui, sed vetat rumpi*), á fin de que su cuasi-agnacion no rompiese el testamento. El fragmento del texto que nos ha sido conservado acerca de este segundo capítulo se halla concebido del modo siguiente: «*Si quis ex suis heredibus suus he-*

(1) Ulp. Reg. 22. 19.
(2) Gay. 2. 134.—D. 28. 3. 13.
(3) D. 28. 2. 29. §. 12. frag. de Scevol.

res esse desierit, liberi ejus..... in locum suorum sui heredes succedunto» (1).

Exheredationis modus ad similitudinem postumorum demostratur. Es decir, dice Teófilo, los descendientes varones nominalmente y las mujeres *inter ceteros*, con tal que se les deje algun legado, como sucede respecto de los póstumos. Algunos de los comentadores interpretan estas palabras *exheredationis modus*, en el sentido de que la ley JUNIA VELEYA indicaba la manera de hacer esta desheredacion, *condicionalmente*, como Aquilo Galo lo habia indicado respecto de los *póstumos*.

Se han designado con el nombre de *cuasi póstumos veleyanos* los hijos á quienes se referia la ley Veleya. La agnacion de un heredero suyo despues de la formacion del testamento podia sobrevenir de otras muchas maneras, ademas del nacimiento; por ejemplo, si segun el antiguo derecho una mujer, *uxor*, caia despues del testamento en mano del testador (*in manu*); si su hijo, que habia dado en mancipacion, llegaba á ser manumitido por primera ó segunda vez, y volvia de esta manera bajo su patria potestad, ó bien, si el hijo cautivo que se hallaba en poder del enemigo, volvia; si por muerte del abuelo, quedando el hijo como jefe de familia, los hijos de éste se hacian herederos suyos; ó en fin, si el testador adoptaba alguno con posterioridad al testamento. En estos diversos casos, la posterior agnacion rompia el testamento, á ménos de haberse hecho ántes institucion ó desheredacion. Sin embargo, en muchos de estos casos la desheredacion anticipada no hubiera podido tener lugar, áun despues de la ley Junia Veleya: tales eran los dos primeros, y el de la adopcion en tiempo de Justiniano todavía, como verémos en adelante.

III. Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, *quia non sunt sui heredes.* Sed prætor omnes tan feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur, exheredare jubet: virilis sexus nominatim, feminini vero inter ceteros. Quod si neque heredes instituti fuerint, ne-

3. En cuanto á los hijos emancipados, el derecho civil no impone ninguna necesidad, ni de instituirlos ni de desheredarlos, porque no son *herederos suyos*. Pero el pretor ordena que todos, sin distincion de sexo, si no son instituidos, sean desheredados; los varones nominalmente, y las hembras *inter ceteros*; y si no han sido ni instituidos ni

(1) D. 28. 2. 29. §§ 13 y 14. frag. de Scev.

que ita, ut diximus, exheredati, permittit eis prætor *contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

desheredados, como acabamos de decir, el pretor les concede la *posesion de los bienes contra tabulas.*

Quia non sunt sui heredes. En efecto, estando la cualidad de heredero suyo esencialmente unida á la existencia en la familia bajo la potestad del jefe, el hijo que habia salido de ella por emancipacion, ó de cualquier otro modo, no era heredero suyo, ni tampoco podia, segun el principio que hemos establecido, haber lugar para él á la desheredacion. Pero verémos en el título de las sucesiones *ab intestato* que el pretor, teniendo sólo en consideracion el vínculo natural, y no el vínculo de familia, restableció en la clase de los herederos suyos, é hizo concurrir con estos herederos á todos los hijos ó descendientes colocados en la primera línea del difunto, aunque hubiesen dejado de estar en la familia, dándoles, no la herencia civil, sino un derecho hereditario pretoriano, una posesion de bienes, la que se llamaba *unde liberi*, y por la cual los hijos eran llamados á la primera categoría de los herederos *ab intestato.*

Desde entónces nació para el padre que hacía su testamento la necesidad de instituir á sus hijos ó desheredarlos, es decir, de separarlos de la especie de herencia pretoriana á que eran llamados.

Contra tabulas testamenti bonorum possessionem. Si los hijos son omitidos, su omision no constituye, segun el derecho civil, ninguna nulidad en el testamento, pues segun el mismo derecho civil, no son herederos. Así, el testamento en principio es válido, y el pretor reconoce su existencia. Pero para hacer respetar el derecho de posesion de los bienes *ab intestato* que habia atribuido á los hijos, les concede, contra las tablas de este testamento, una nueva posesion de bienes (*contra tabulas testamenti bonorum possessionem*), por la cual harán considerar este acto como no sucedido, llegarán á la herencia como si aquél no existiese. Esta posesion, desde el momento que hubiese habido algun hijo omitido, podia ser solicitada, áun por aquellos que hubiesen sido instituidos.

En esta total rescision del testamento por la posesion de los bienes *contra tabulas* no habia establecido el pretor ninguna diferencia entre los hijos omitidos del sexo masculino y los del sexo femenino. Por manera que en este caso, y por esta posesion de bienes, las mujeres omitidas tenian más ventaja de las que tenian, segun el derecho civil, las que eran realmente *sui heredes;* pues por la

posesion de los bienes *contra tabulas* echaban á un lado todo el testamento, miéntras que por el derecho civil sólo tenian el derecho de acrecer en una parte determinada. « Por esto muy recientemente, nos dice Gayo, significó el emperador Antonino en su rescripto, que las mujeres no obtendrian por la posesion de los bienes nada más de lo que hubiesen obtenido por el derecho de acrecer » (1). Esto mismo es lo que nos decia ya Teófilo.

IV. Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris, ejusdem juris habentur cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque herede, instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo, neque jure civili neque quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit ut, ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit. Cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.

4. Los hijos adoptivos; miéntras se hallan bajo la potestad del adoptante, están bajo la misma condicion que los hijos habidos de justas nupcias: deben, pues, ser instituidos ó desheredados por él, como hemos expuesto respecto de los hijos naturales; pero si han sido emancipados por el adoptante, no se cuentan ya entre sus hijos, ni segun el derecho civil, ni segun el derecho establecido por edicto del pretor. En su consecuencia, por reciprocidad y respecto de su padre natural, miéntras que se hallan en la familia adoptiva son considerados como extraños, á quienes no hay obligacion de instituir ni desheredar. Pero desde que han sido emancipados por el padre adoptivo, entran en la misma condicion que habrian tenido si hubiesen sido emancipados por el padre natural.

Podemos deducir de lo que dejamos dicho acerca de la adopcion, que segun el derecho civil el hijo dado en adopcion no era heredero suyo de su padre natural, pues habia salido de su poder; por lo tanto, no habia de parte de éste ni obligacion ni áun posibilidad de desheredarle. Pero habiendo vuelto á ser hijo de familia, y por consiguiente el heredero suyo del padre adoptivo, éste era quien debia instituirlo ó desheredarlo, como á otro cualquier hijo sometido á su potestad.

La adopcion se destruia, y el hijo se separaba de la familia adoptiva por la emancipacion; entónces este hijo, segun el derecho civil, no tenía ya derechos en ninguna familia; ni en la familia natural, pues habia salido de ella por efecto de la adopcion, ni en la

(1) Gay. 2. §§ 125 y 126.

familia adoptiva, pues se habia separado de ella por la emancipacion. Pero el pretor habia venido en su auxilío. Con relacion al derecho natural, éste le habia dado la posesion de los bienes *unde liberi*, en el número de los hijos, no en la sucesion del padre adoptivo, del cual ya no dependia por ningun vínculo, sino en la de su padre natural, si alguna vez vivia aún este último en el momento de la emancipacion ; de lo que resultaba para éste, cuando hacía testamento, la obligacion de instituir ó de desheredar á este hijo; porque en caso de omision el pretor habria dado la posesion de bienes *contra tabulas*, respecto de él lo mismo que respecto de los simples emancipados.

V. Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio nihil inter masculos et feminas in hoc jure interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturæ officio fungitur, et lege antiqua Duodecim Tabularum omnes similiter ad succesionem ab intestato vocabantur, quod et prætores postea secuti esse videntur ; ideo simplex ac simili jus et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentium per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam postumis, introduxit : ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur et *eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda* et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint. Circa adoptivos autem filios *certam induximus divisionem* quæ in nostra constitutione quam super adoptivis tulimus, continetur.

5. Tal era la antigua legislacion. Pero por lo que á nos toca, considerando que no hay que hacer, en cuanto á este derecho, ninguna distincion de sexo, pues que el hombre y la mujer concurren igualmente, segun su naturaleza, á la procreacion de la especie humana, y que por otra parte, la antigua ley de las Doce Tablas los llamaba igualmente á la sucesion *ab intestato*, cosa que los pretores han hecho despues del mismo modo, hemos por nuestra constitucion introducido una legislacion sencilla y uniforme, tanto para los hijos cuanto para las hijas y demas descendientes de varon, ya nacidos, ya póstumos, ordenando que todos, tanto suyos cuanto emancipados, sean instituidos herederos ó desheredados naturalmente, y que á falta de esto su omision en cuanto á la invalidacion del testamento y á la revocacion de la herencia *produzca el mismo efecto* que la de los hijos herederos suyos emancipados, ora se trate de hijos ya nacidos, ora de hijos solamente concebidos y que nazcan despues. En cuanto á los hijos adoptivos, hemos establecido entre ellos *una division*, que se expone en nuestra precedente constitucion acerca de las adopciones.

Eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda. Sin embargo, con la diferencia que existe en la naturaleza misma de las cosas, que en el caso de omision de los hijos existentes, y teniendo derecho de herencia en el momento mismo

de la formacion del testamento, es nulo desde el principio ; miéntras que en el caso de omision de los póstumos, ó de los que están en el caso de éstos, el testamento, válido al principio, se rompe únicamente por su agnacion ó cuasi-agnacion. Así en ambos casos el efecto es el mismo, en el sentido de que la invalidacion del testamento es total, cualquiera que sea el hijo omitido ; pero en el primero hay nulidad desde el principio, y en el segundo, el subsecuente rompimiento.

Certam induximus divisionem. Se trata de la distincion entre los dos casos de adopcion : 1.°, aquel en que un hijo se da en adopcion á un extraño (*extraneo*) ; se entiende por extraño cualquiera que no es ascendiente ; 2.°, aquel en que se da á un ascendiente. Sabemos que en el primer caso el adoptado queda siempre bajo la potestad, y por lo tanto, heredero suyo de su padre natural; éste, pues, está obligado á instituir ó á desheredar.

En cuanto al padre adoptivo, sabemos que el hijo no adquiere nada sobre su herencia, sino derechos *ab intestato* en el caso en que no haya testamento ; pero si hay uno, puede haber sido omitido impunemente. El padre adoptivo no está obligado ni á instituirlo ni á desheredarlo. El Derecho antiguo está, pues, confundido.

Pero en el segundo caso, esto es, cuando se trata de la adopcion por un ascendiente, el derecho se mantiene como estaba, y es preciso entónces aplicar lo que se ha dicho de los hijos adoptivos en el párrafo precedente.

En resúmen, segun el nuevo derecho de Justiniano, las diferencias que existian entre el hijo por una parte, y las hijas y nietas por otra, y respecto de los póstumos, entre los del sexo masculino y los del sexo femenino, fueron suprimidas, tanto relativamente al modo, como relativamente á los efectos de la desheredacion.

Relativamente al modo : la desheredacion debe hacerse nominalmente, ora se trate de un hijo, ora de una hija, ora de un nieto, de un póstumo del sexo masculino ó del femenino. Teniendo en cuenta que es preciso entender la desheredacion nominal de los póstumos en el sentido que hemos explicado.

Relativamemte á los efectos, la omision supone siempre la entera nulidad del testamento : la de las hijas ó nietas, lo mismo que la del hijo ; la de los póstumos del sexo femenino, lo mismo que la de los póstumos masculinos. Y téngase entendido con esta diferen-

cia, que en el último caso el testamento no es nulo desde el principio, sino que sólo se rompe por el nacimiento del póstumo.

El derecho pretoriano, en lo tocante á los hijos emancipados, se halla confirmado. Justiniano, en los derechos de herencia de los hijos, por consiguiente, en la necesidad de su desheredacion, sólo atiende al vínculo natural, y no al vínculo de potestad.

En cuanto á los hijos adoptivos, Justiniano introdujo un nuevo derecho, que hemos expuesto en el título de la adopcion.

VI. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed præterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere constitutionibus principum cautum est.

6. Si en un testamento hecho en una expedicion, un militar no ha desheredado nominalmente á sus hijos, ya nacidos ó ya póstumos, sino que los ha pasado en silencio, no ignorando que tiene hijos, su silencio, segun los términos de las constituciones imperiales, equivaldrá á una desheredacion nominal.

El testamento militar no está, propiamente hablando, dispensado de las reglas relativas á la desheredacion de los hijos, sino solamente de las formas de esta desheredacion. Así, el militar no está obligado á declarar su intencion, nominal ni áun expresamente, hasta que resulte el acto, ya se trate de los hijos nacidos, ó ya de los póstumos. «*Et si ignoraverit prægnantem uxorem..... hoc tamen animo fuit, ut vellet quisquis sibi nasceretur exheredem esse.*» Puede tambien resultar de sólo su silencio, si está probado que sabía con certeza la existencia de los hijos ó la del embarazo de su mujer. Esto es, pues, como en todo lo que se refiere á los testamentos militares, un asunto de intencion (1).

VII. Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare; sed possunt eos omittere. Nam silentium matris aut avi materni, ceterorumque per matrem ascendentium, tantum facit quantum exheredatio patris. Nec enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare

7. La madre y el abuelo materno no están obligados á instituir ó á desheredar á sus hijos, pero pueden pasarlos en silencio; porque el silencio de la madre ó del abuelo y de otros ascendientes maternos produce el mismo efecto que la desheredacion del padre. En efecto, ya se aplique el derecho civil, ó bien el edicto por el cual el pretor concede á los hijos omitidos la posesion de los bienes *contra tabulas*, no resulta de esto ninguna necesidad respecto

(1) D. 29. 1. 7. f. Ulp.—33. § 2. f. Tertul.—36. § 2. f. Paul.

necesse est; sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris quo præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem permittit: *sed alius eis adminiculum* servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.

de la madre, de desheredar á su hijo ó á su hija, ni respecto del abuelo materno á su nieto ó á su nieta que no han querido instituir. Pero se ha proporcionado á estos hijos *otro recurso*, que expondrémos en breve.

El mismo orígen del derecho de desheredacion, fundado en la existencia de una copropiedad de familia y en la cualidad de heredero suyo, debió hacer este derecho del todo extraño á cuanto se referia á las sucesiones de la madre y de los ascendientes maternos, en las que los hijos no tenian ninguna copropiedad de familia; y no se extendió á estas sucesiones, ni por la interpretacion, ni por el derecho pretoriano, ni por el derecho imperial, aunque los hijos hubiesen obtenido gradualmente diferentes derechos de herencia *ab intestato*.

Aliud adminiculum. Este recurso es el que se halla expuesto más adelante, en el título XVIII, y que se da á los hijos contra los testamentos en los que han sido desheredados injustamente por los ascendientes paternos, ó injustamente omitidos por la madre ó por los ascendientes maternos.

TITULUS XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

TÍTULO XIV.

DE LA INSTITUCION DE HEREDEROS.

Despues de haber hablado de las formas del testamento, del testador y de las personas desheredadas, llegamos á lo relativo á los herederos, y primero á su institucion.

Tenemos que examinar en esta materia: 1.°, qué cosa es la institucion, y cómo debe hacerse; 2.°, quiénes son los que pueden ser instituidos; 3.°, cómo puede dividirse la herencia entre ellos; 4.°, cuáles son los modos y las condiciones que el testador puede ó no imponer á la institucion. Tal es el órden de los párrafos de este título.

1.° *Qué cosa es la institucion, y cómo debe hacerse.*

La institucion es la designacion de aquel ó de aquellos que el testador quiere aceptar como herederos. Esto era lo que la ley de las Doce Tablas y el lenguaje del derecho primitivo entendian bajo la expresion general *legare*, esto es, *legem testamenti dicere*; pero

en lo sucesivo la palabra *legare* tomó un significado más limitado, y sólo las palabras *heredem instituere*, *heredem scribere*, ú otras parecidas, designaron la eleccion del heredero. La institucion de heredero es como la cabeza y el fundamento de todo el testamento (*veluti caput atque fundamentum totius testamenti*); sólo de ella saca el testamento su existencia y su fuerza (*testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*). En efecto, es preciso que haya un continuador de la persona jurídica ántes que sea posible ordenarle alguna cosa. La institucion distingue el testamento de todos los demas actos de la última voluntad : desde que hay dicha institucion el acto es testamento, y debe hallarse revestido de todas las formas que se requieren. Si no hay institucion, el acto no es testamento. Todas las demas disposiciones de la última voluntad son cosas accesorias á la institucion de heredero, porque son leyes á éste impuestas. Y si dicha institucion deja de existir, de tal modo que, ya por negarse á aceptarla, ya por cualquiera otra causa, no haya ningun heredero en virtud del testamento, todas las demas disposiciones en éste contenidas dejan igualmente de existir.

Así, segun el Derecho romano, la institucion de heredero debia colocarse á la cabeza del testamento (*caput testamenti*); las demas disposiciones, como legados, manumisiones ú otras, colocadas ántes de la institucion de heredero, se consideraban como no puestas. No se habia admitido excepcion sino en el caso de desheredacion, que naturalmente podia preceder á la institucion de heredero, á fin, si puede decirse así, de abrirle el paso (1), y por una benigna interpretacion de las tutelas. Esta necesidad, resultado inevitable de la naturaleza misma de las cosas en el testamento primitivo, hecho en los comicios ó por la mancipacion, no parece más que una sutileza que Justiniano derogó : con tal que la institucion de heredero se halle en el testamento, poco importa por lo demas el lugar que ocupe (2).

La institucion de heredero no podia hacerse en otro teimpo sino en términos solemnes, en términos imperativos, concebidos en el estilo de la ley (*legis modo ; legare*, segun las Doce Tablas): «*Ante omnia requirendum est*, dice Gayo, *an institutio heredis solemni more facta sit*» ; y añade que la institucion solemne es la siguien-

---

(1) D. 28. 5. 1. pr. f. Ulp.
(2) Gay. 2. 229.—Inst. 2. 20. 34.

te : TITIUS HERES ESTO. Sin embargo, segun el mismo jurisconsulto y segun Ulpiano, se habian ya aprobado en su tiempo estas otras instituciones : TITIUS HERES SIT; TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO ; pero éstas : TITIUM HEREDEM ESSE VOLO ; HEREDEM INSTITUO; HEREDEM FACIO, eran generalmente reprobadas (1). Constantino II suprimió, el año 339 de J. C., la necesidad de las instituciones solemnes ; con tal que la intencion de instituir heredero fuese bien expresada, poco importaban los términos en que se hiciese (2).

2.° *Cuáles son los que pueden ser instituidos herederos.*

Los que, segun responde Ulpiano, tienen faccion de testamento con el testador (*qui testamenti factionem cum testatore habent*). Se trata de la faccion de testamento, tomada en el segundo sentido, con relacion á la capacidad de ser instituido y de recibir por testamento.

Los *peregrini*, los deportados, los dedicticios, no gozando del derecho civil, no tenian esta faccion de testamento ; ni los Latinos Junianos tampoco, á ménos que se hiciesen ciudadanos ántes de la adicion.

Entre los romanos eran las mujeres incapaces por la ley VOCONIA, publicada en tiempo de la república (año 583 de Roma), de recibir por testamento, aunque no conocemos bien la extension de dicha incapacidad (3); los célibes (*cœlibes*), por la ley JULIA ; y los que no tenian hijos (*orbi*), por la ley PAPIA POPPEA, del tiempo de Augusto (4).

No se podia instituir á personas inciertas, como, por ejemplo, el que primero llegue á mi funeral. Como tales eran considerados, y no podian por consiguiente ser instituidos : las municipalidades y sus colegios, á quienes los senado-consultos habian, sin embargo, permitido poder ser instituidos por sus manumitidos ;—los dioses (lo que debe entenderse de los templos), á excepcion de aquellos á quienes se habia permitido por senado-consultos ó por cons-

(1) Gay. 2. 116 y 117.— Ulp. Reg. 20.
(2) Cod. 6. 23. 15. c. Constant.— V. lo que hemos dicho en la *Hist. del Der.* p. 315.
(3) Gay. 2. § 274. Paul. Sent. 4. 8. 22.—V. acerca de esta ley la Memoria leida en el Instituto por nuestro colega y amigo M. GIRAUD.
(4) Hemos suficientemente hablado de estas leyes en la *Hist. del Der.*, p. 253.

tituciones imperiales recibir por herederos. Tales eran Júpiter Tarpeyo, Apolo de Didymo, Marte en la Galia, y algunos otros enumerados por Ulpiano (1);—los póstumos, y en general las personas todavía no nacidas en el momento del testamento. Hemos visto cómo se hizo excepcion á la regla en favor de los póstumos suyos, de tal modo que sólo se aplicó á los póstumos extraños (2).

En tiempo de Justiniano cesaron todas estas distinciones : ya no se trató ni de dediticios, ni de Latinos Junianos, ni de *cœlibes*, ni de *orbi*, ni de Júpiter Tarpeyo, ni de otros dioses del paganismo. La capacidad de recibir se restituyó á las mujeres. Permitió Justiniano instituir áun á personas inciertas, con tal que se hallasen bastante presentes en el pensamiento del testador, segun explicarémos más adelante, tít. XX, § 25. En este título las municipalidades, sus colegios y demas corporaciones legalmente establecidas pueden ser instituidos herederos, lo mismo que todos los póstumos sin distincion. Pero hay otras causas de incapacidad de recibir por testamento. Ademas de los *peregrini* y de los deportados, se hallan completamente privados de la faccion del testamento los hijos de los condenados por crímen de lesa-majestad (*filii perduellium*) (3), los apóstatas y los herejes (4).—Por otra parte son tambien incapaces relativamente los hijos incestuosos y su padre ó madre, que no pueden respectivamente instituirse herederos (5), é incapaces á un tiempo relativa y parcialmente; el segundo cónyuge en caso de segundas nupcias, cuando hay hijos del primer matrimonio (6), y los hijos naturales, cuando los hay legítimos (7). Dejando aparte estos diversos casos, puede decirse que todos los romanos, y sus esclavos por ellos, tenian faccion de testamento.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos, et *tam proprios quam alienos*. Proprios autem servos, olim quidem secundum plurium sententias, *non aliter quam cum libertate* recte instituere

Es permitido instituir herederos á los hombres libres lo mismo que á los esclavos, y de éstos *lo mismo á los suyos que á los de otro*. En cuanto á los suyos, en otro tiempo, segun la opinion de los más, no se podia

(1) «..... *Sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipelensim quæ Smyrnæ colitur, et cœlestem Salinensem Cartaghinis.*» Ulp. Reg. 22. 6.

(2) V. acerca de estos pormenores á Ulp. Reg. 22. 1 y sig.—G. 2. 285 y sig.

(3) C. 9. 8. 5. § 1.

(4) C. 1. 7. 3.—1. 5. 4. § 2.

(5) C. 5. 5. 6.

(6) C. 5. 9. 6.

(7) G. 5. 27. 2.

licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem introduximus, sed quoniam æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert. *Proprius autem servus etiam is intelligitur*, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est autem casus in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt : «*Servum* »*adulterio maculatum*, non jure tes»tamento manumissum ante senten»tiam ab ea muliere videri, qua rea »fuerat ejusdem criminis postulata, »rationis est. Quare sequitur, ut in »eumdem a domina collata heredis »institutio nullius momenti habea»tur.» *Alienus servus etiam is intelligitur*, in quo usumfructum testator habet.

instituirlos regularmente sino con manumision; pero hoy, segun nuestra constitucion, se puede instituirlos herederos, áun sin expresar que se los manumite. Lo que no es una innovacion de nuestra parte, pues Paulo en sus libros á Masurio Sabino y á Plaucio, refiere que tal era la opinion de Atilicino, que nos hemos seguido como la más equitativa. Por lo demas, *por su esclavo propio se entiende áun á aquel* del cual sólo tiene el testador la mera propiedad, teniendo otro el usufructo. Hay sin embargo un caso en que la institucion de un esclavo por su señora, áun con manumision, es inútil, segun los términos de una constitucion de los emperadores Severo y Antonino, concebida en estos términos : «La razon exige *que un escla*»*vo acusado de adulterio* no pueda, »ántes de la sentencia, ser válida»mente manumitido por el testa»mento de la acusada como cómplice »suya. De lo que se deduce que la »institucion de heredero, hecha en »su favor por su señora, debe ser »de ningun efecto.» Por esclavo de otro se entiende áun aquel de quien el testador tiene el usufructo.

Tam proprios quam alienos. Es preciso distinguir bien estos dos casos; la institucion de los propios esclavos del testador, y la de los esclavos de otro. Explanarémos las consecuencias en el párrafo siguiente.

Pero en ninguno de estos dos casos era el esclavo instituido por sí mismo en cuanto esclavo. En el primero, lo era sólo con manumision, debiendo hacerse libre por muerte del testador. En el segundo, lo era del jefe de su señor, y sólo si se tenía faccion de testamento con su señor : «*Alienos servos heredes instituere possumus*, dice Ulpiano, *eos tamen quorum cum dominis testamenti factionem habemus*» (1). Así el esclavo de un *peregrinus* no habria podido ser instituido.

Non aliter quam cum libertate. Hemos ya hablado del disentimiento de los antiguos jurisconsultos acerca de este punto, y de la

(1) Ulp. Reg. 22. 9.

decision de Justiniano, segun la cual la manumision testamentaria resulta suficiente y necesariamente de la institucion del esclavo por su señor, sin que fuese indispensable expresarla.

Servum adulterio maculatum. Miéntras que la acusacion de adulterio dirigida contra una mujer, cómplice de su propio esclavo, no hubiese sido purgada por una sentencia de absolucion, dicha mujer, áun llegando á morir ántes del juicio (*ante sententiam*), no podia manumitir válidamente en su testamento á su esclavo coacusado : el esclavo acusado ó testigo podia ser puesto en tormento, de que lo haria escapar la manumision (1). No podia, pues, instituirlo heredero, porque el esclavo no puede ser válidamente instituido por su señor, sino en cuanto era manumitido.

Proprius autem servus etiam is intelligitur.—Alienus servus etiam is intelligitur. Son dos casos contrarios. Siendo el usufructo un derecho sobre la cosa de otro, resulta de esto que el esclavo es, con relacion al mero propietario, su propio esclavo; con relacion al usufructuario, el esclavo de otro. De donde se deduce la consecuencia de que si este esclavo es instituido heredero por el mero propietario ó por el usufructuario, será preciso en el primer caso aplicar al testador las reglas de la institucion de los esclavos propios; y en el segundo, las de la institucion de los esclavos extraños.—En el antiguo derecho, la manumision por el mero propietario solamente, no daba la libertad : «*A proprietatis domino manumissus, liber non fit,* dice Ulpiano, *sed servus sine domino est*» (2). Justiniano modificó este derecho : el esclavo se hizo libre, y manumitido del mero propietario, pero continuó sirviendo de hecho al usufructuario, hasta acabarse el usufructo; adquiere por sí mismo; y por consiguiente, se aprovecha de la institucion que le ha dejado con la libertad el testamento del mero propietario (3).

I. Servus autem a domino suo heres institutus *si quidem in eadem causa manserit*, fit ex testamento liber heresque necessarius. *Si vero a vivo testatore manumissus fuerit*, suo arbitrio adire hereditatem potest : quia	1. El esclavo instituido heredero por su señor, *si ha permanecido en la misma condicion*, se hace, en virtud del testamento, libre y heredero necesario. Mas si, por el contrario, *ha sido manumitido por el testador en vida*, puede á su voluntad hacer

(1) Dig. 28. 5. 48. § 2. f. Marcian.—31. . 76. § 4. f. Papin.
(2) Ulp. Reg. 1. 19.
(3) C. 7. 15. 1.

non fit heres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequitur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres. Nam ipse alienatus, neque liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit; *destitisse enim a libertatis datione videtur* dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, *antequam adeat*, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore vel mortuo antequam, adeat suo arbitrio adire potest hereditatem.

adicion de la herencia, porque no es heredero necesario, pues la libertad y la herencia no las adquiere una y otra por el testamento de su señor. Si ha sido enajenado, debe hacer adicion, segun le ordene su nuevo señor, que por él se hace de este modo heredero. En efecto, en cuanto á aquél, una vez enajenado, no puede ser ni libre ni heredero, áun cuando hubiese sido instituido por manumision; porque el señor, por la enajenacion que de él ha hecho, ha mostrado que se separaba de la dacion de la libertad. El esclavo de otro, instituido heredero, si ha permanecido en la misma condicion, debe tambien hacer adicion de la herencia por órden de su señor. Mas si ha sido enajenado por él, ya en vida del testador, ya despues de su muerte, *pero ántes de la adicion*, no deberá hacer dicha adicion sino por órden de su nuevo señor. Si ha sido manumitido en vida del testador, ó despues de su muerte, pero ántes de la adicion, podrá hacer ésta segun su voluntad.

Antes de examinar circunstanciadamente las disposiciones de este párrafo, es preciso recordar lo que ya hemos dicho ántes, de que en caso de la institucion de un esclavo, la esperanza de la herencia se apoya en dicho esclavo, y lo sigue en sus diversas condiciones, hasta que sea el derecho definitivamente adquirido. De tal modo, que si ántes de esta adquisicion pasa el esclavo de un señor á otro, la institucion, segun la expresion enérgica de Ulpiano, anda con el dominio (*ambulat cum dominio*); si el esclavo se hace libre, se aprovecha de ella; si muere, fenece y se extingue.

Esto supuesto, el primer caso de que tenemos que ocuparnos conforme al texto, es del esclavo instituido por su señor. Sobre esto es preciso distinguir dos situaciones diferentes: 1.° Si el esclavo ha permanecido en la misma condicion, es decir, en poder del testador. 2.° Si ántes de su muerte ha salido de ella, ya por manumision, ya por enajenacion.

Si quidem in eadem causa manserit. Miéntras que el esclavo permanece en la misma condicion en poder del testador, no se halla instituido sino en cuanto es manumitido; no puede obtener la herencia sino en cuanto obtenga al mismo tiempo la libertad. La

validez de su institucion depende, pues, esencialmente de la manumision, expresa ó tácita, que se encuentra en el mismo testamento. Si, pues, la manumision es nula, ora como hecha en fraude de los acreedores, ora por el motivo particular indicado en el párrafo anterior, ú ora por cualquier otro, la institucion lo es tambien ; y como esta nulidad existe desde el principio, la institucion no produce ningun efecto áun cuando el esclavo llegase despues á variar de condicion. Del mismo modo, si la manumision ha sido hecha bajo condicion, y esta condicion llega á faltar miéntras que el esclavo continúa siempre en poder del testador, quedando sin efecto la manumision, se extinguirá la institucion, y no se renovará áun cuando el esclavo mude despues de condicion (1). Pero si la manumision es válida y permanece, el esclavo, desde la muerte del testador ó desde que se cumpla la condicion, si ésta no se halla cumplida al tiempo del fallecimiento de aquél, se hace á un tiempo y de pleno derecho, libre y heredero necesario. Observemos que en este caso no se necesita de ninguna aceptacion ó adicion para que sea adquirida la herencia, pues lo es inmediatamente y por fuerza.

Si vero a vivo testatore manumissus fuerit. Si el esclavo instituido por su señor muda de condicion y sale de sus manos ántes de su muerte, ya por manumision entre vivos, ya por enajenacion, la naturaleza de su institucion se encuentra trastornada, y se hace en todos sus puntos desde este momento lo que corresponde al caso del esclavo de otro. De aquí proceden dos consecuencias : 1.ª La institucion del esclavo no depende ya de su manumision testamentaria : poco importaria, pues, desde aquel momento que dicha manumision hubiese sido hecha en el testamento bajo condicion, y aunque ésta llegase á faltar, no por eso sería ménos válida la institucion (2) : 2.ª La herencia no se adquirirá ya de pleno derecho y necesariamente á la muerte del testador, sino sólo en el momento de la adicion y por la adicion, á saber : por el señor del esclavo, por órden del cual se hará la adicion si el instituido es todavía esclavo en este tiempo; y por el mismo instituido, si ha sido manumitido.

Destitisse enim a libertatis datione videtur. ¿En qué consiste que

(1) D. 2. 5. 38. § 3. f. Ulp.
(2) D. 28. 5. 38. § 2. f. Ulp.

la variacion de voluntad que indica la enajenacion del esclavo, basta para revocar la manumision testamentaria, y no revoca la institucion de heredero? Porque la manumision testamentaria, donacion de la libertad por testamento, no es más que una especie de legado; mas la variacion de voluntad, aunque sea tácita, basta, como verémos en adelante, para revocar los legados miéntras que las instituciones de heredero no pueden revocarse á no ser expresamente y por un testamento posterior.

Antequam adeat. Fuera del caso en que el esclavo es heredero suyo y necesario, siempre es la adicion lo que es preciso considerar para saber quién adquiere la herencia, pues sólo por ella, y desde este momento solamente, tiene lugar la adquisicion.

II. Servus autem alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et *cum hereditariis servis est testamenti factio*. Nondum enim adita hereditas, personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti : cum etiam *ejus qui in utero est, servus* recte heres instituitur.

2. El esclavo de otro puede ser válidamente instituido heredero áun despues de la muerte de su señor, *porque la faccion de testamento existe con los esclavos de una herencia.* En efecto, la herencia de que no se ha hecho adicion, representa, no al futuro heredero, sino al difunto ; así es que se puede instituir heredero al esclavo *de un niño que se halla en el seno materno.*

Cum hereditariis servis est testamenti factio. Si se tuviese, sin embargo, faccion de testamento con el difunto, porque, segun lo que hemos ya dicho, miéntras que la herencia no ha sido adquirida, continúa y representa la persona jurídica del difunto.

Ejus qui in utero est, servus : es decir, el esclavo de la herencia, á la que es llamado un hijo concebido; por lo demas, no será este esclavo instituido del jefe del hijo concebido, futuro heredero, sino del jefe del difunto, siempre representado por la herencia hasta el nacimiento del hijo y la adquisicion de dicha herencia.

III. Servus plurium, cum quibus testamenti factio est, *ab extraneo*, institutus heres, unicuique dominorum cujus jussu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem.

3. El esclavo de muchos señores que tenga faccion de testamento, si es instituido heredero por *un extraño*, adquiere la herencia á cada uno de sus señores, por órden de los cuales ha hecho la adicion en proporcion de sus derechos de propiedad sobre él.

Esto es una consecuencia del principio general que hemos establecido acerca de la adquisicion por los esclavos comunes.

Ab extraneo. Pero si fuese instituido solamente por uno de los

señores, ¿qué decidiriamos en tal caso? Es preciso distinguir: 1.° Si por el mismo testamento este señor lo ha manumitido *expresamente* é instituido, en este caso es para hacerlo libre y heredero suyo necesario; es preciso aplicar aquí la nueva decision de Justiniano expuesta ántes, relativamente á la manumision de los esclavos comunes. El esclavo será libre, heredero suyo y necesario del difunto, y los demas copropietarios serán indemnizados: 2.° Si, por el contrario, el señor lo ha instituido sin manumitirlo expresamente, ó sin que sus disposiciones indiquen esta voluntad por su parte, entónces puede decirse que lo ha instituido en representacion de sus demas señores, como esclavo de otro; por consiguiente, la herencia pasará proporcionalmente á los copropietarios, que le obligarán á hacer adicion. Este punto, segun la legislacion de Justiniano, parece que debia ser una cuestion relativa á la intencion del testador: ¿ha querido manumitirlo ó ha querido instituir en él á sus copropietarios?

Tales son, en resúmen, las reglas relativas á la faccion de testamento, en cuanto á la capacidad de ser instituido. Verémos en el § 4 del tít. 19, en qué epocas debe existir en los herederos dicha capacidad.

3.° *Cómo puede dividirse la herencia.*

El principio general que en este lugar debe dominar en la materia, consiste en que exceptuándose el privilegio de los militares, el testador no puede morir en parte con testamento y en parte intestado. La institucion de sus herederos, ya nombre uno solo, ya muchos, debe comprender por fuerza toda su herencia, no pudiendo quedar fuera de aquélla ninguna parte. De tal modo que si el testador, instituyendo, por ejemplo, un solo heredero, lo ha instituido en una parte únicamente de su institucion, en un tercio, en un cuarto, en un objeto determinado ó en tal fundo de tierra, valdrá la institucion en toda la herencia sin hacer caso de tales designaciones particulares, que se considerarán como no puestas: «*Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione*» (1).

---

(1) D. 28. 4. 1. § 4. f. Ulp. — Este texto dice *solus institutus*, porque si hubiese otros herederos instituidos en términos generales, no existiendo ya el motivo de que acabamos de hablar, sólo éstos serian herederos, y aquel ó aquellos que sólo hubiesen sido instituidos en un fundo ó en

IV. Et unum hominem, et plures in infinitum, quod quis velit heredes facere, licet.

4. Se puede instituir á un solo heredero ó á muchos, en todo el número que se quiera, hasta el infinito.

Pero se necesita que todos ellos tengan toda la herencia y nada más que la herencia, sin que quede vacante ninguna parte ni pueda atribuírseles de más. Si, pues, el testador en las instituciones que ha hecho ha comprendido ménos de la herencia ó más de ella, dichas instituciones deben aumentarse proporcionalmente todas en el primer caso, ó reducirse en el segundo, de modo que en su totalidad comprenda toda la herencia y nada más. Esto nos conduce á examinar cómo podia hacerse á voluntad del testador esta distribucion de la herencia entre muchos instituidos. Para mayor claridad expondrémos esto en su totalidad con independencia del texto, cuya inteligencia se nos hará más fácil de esta manera.

Si el testador ha instituido muchos herederos, declarando que sea por partes iguales (*ex æquis partibus*), ó, lo que viene á ser lo mismo, sin ninguna declaracion, entónces no habrá ninguna dificultad: la herencia se dividirá entre ellos por partes iguales, haciendo tantas partes cuantos sean los herederos.

Pero puede querer el testador que se les trate con desigualdad. La idea más natural es designar á cada uno alguna porcion de la herencia: por ejemplo, en caso de instituir tres herederos, designando á uno la cuarta parte, á otro la mitad, y al tercero el cuarto restante. En este ejemplo y otros semejantes se ve fácilmente que formando un entero con un cuarto, una mitad y otro cuarto, el testador ha distribuido toda su herencia ni más ni ménos. Pero si hubiese asignado á cada uno fracciones diferentes por su denominador; como, por ejemplo, á uno un tercio, á otro un cuarto, á éste un quinto y á aquél otros dos séptimos, sucederia: 1.°, que rara vez estas fracciones de diversa naturaleza formarian en su conjunto un entero exacto, es decir, la herencia, y que, por el contrario, casi siempre valdrian más ó ménos: 2.°, que sería precisa una operacion matemática para reconocer si eran iguales á un entero, si lo excedian ó eran menores; y en estos dos últimos casos, para reducir ó aumentar cada una proporcionalmente, de manera que formasen toda la herencia y nada más que la herencia:

---

cualquier otro objeto determinado, serian simplemente legatarios de aquel fundo ó de este objeto: la palabra *instituidos*, de que se hubiese servido el testador respecto de ellos, sólo sería en este caso una expresion impropia.

3.°, que el mismo testador no se haria bien cargo de sus disposiciones, y que se hallaria por otra parte embarazado con estas diversas consideraciones.

Los romanos habian hallado un sistema ingenioso, que permitia al testador designar tantas partes como quisiese á otros tantos herederos que tuviese por conveniente instituir, aumentar ó disminuir su número, sin molestarse por el valor total, que en definitiva debia siempre ser equivalente á toda la herencia sin nada de más ni de ménos. Consistia este sistema en atribuir á cada heredero un número cualquiera de partes, una parte cuota á voluntad del testador : por ejemplo, á Ticio tres partes, á Cornelio cinco, á Estico dos, á Gayo cuatro (y así á otros, ya hubiese dos, tres, cinco ó más herederos), sin designar respecto de ninguno de ellos el valor de dichas partes. Para conocer su valor, cuando llegase el caso de la distribucion de la herencia, bastaba hacer la suma del número de partes distribuidas en el testamento, y si entre todas llegaban á catorce como en nuestro ejemplo, ó á diez, ó á quince, ó á otro número cualquiera, cada parte valia entónces un catorceavo, un décimo, un quinceavo ó cualquiera otra fraccion de la herencia, que de esta manera no podia ni ser excedida ni quedar en parte vacante.

El testador era absolutamente libre en este punto; podia distribuir dos, tres, cuatro, cinco partes ó más, y el valor de cada parte se determinaba siempre por su número total. Sin embargo, un uso tomado del sistema de medidas de los romanos, hacía comunmente distribuir las partes en doce, y por consiguiente dividir la herencia en dozavos. En efecto, por comparacion se consideraba la herencia por un *as*, es decir, como un entero, como una unidad cualquiera, para pesarlo y distribuirlo al peso entre los herederos. La distribucion de las partes entre los herederos era, por decirlo así, un peso que habia que hacer (*pondius*) de la herencia. Mas como la unidad de peso se componia entre los romanos de doce onzas, se consideraba que se pesaba y distribuia la herencia por onzas; á éste dos, á aquél cuatro, cinco, hasta las doce regularmente; y cada onza (*uncia*) valia entónces una dozava parte.

Esto era solamente un uso, y no una ley, porque siempre eran la voluntad del testador y la distribucion hecha por él las que determinaban si debia haber cinco, siete, doce, quince onzas ú otro número cualquiera en su herencia, y si por consiguiente, cada

onza debia valer una quinta, una sétima, una duodécima, una décimaquinta parte ó cualquiera otra fraccion hereditaria.

Pero habia casos en que la division comun por doce onzas se presumia necesariamente, y se hacía una division legítima. En efecto, miéntras que el testador haya asignado á cada uno de los herederos un número cualquiera de partes, no hay dificultad alguna; el total de las partes distribuidas indicará la division hereditaria que el testador ha querido. ¿Pero qué se decidirá si haciendo esta designacion para los unos ha dejado á los demas sin parte determinada? Por ejemplo, que sean herederos Gayo, Valerio y Sempronio; Gayo en tres onzas y Valerio en dos; evidentemente no puede decirse en este caso que la herencia no tiene más que cinco onzas, porque Gayo y Valerio tendrán cada uno su parte, pero Sempronio no tendrá ninguna, y sin embargo es heredero. En este caso se presumirá legalmente que el testador ha seguido la division comun, la division del *as* hereditario en doce onzas; Gayo y Valerio tomarán el número de onzas que les ha sido asignado, el uno tres y el otro dos; y el exceso hasta doce onzas, es decir, las siete restantes, pertenecerán á Sempronio; ó bien, si hay más de un heredero sin parte, á todos estos herederos igualmente. Tal será en este caso la distribucion, el peso de la herencia; y en efecto, segun el uso de los romanos, no ha sido otra la intencion del testador.

¿Pero si el total de las onzas asignadas por el testador iguala ó excede ya la division comun del as, es decir, si este total es ya de doce ó más, qué resolverémos? ¿Que sean, por ejemplo, Gayo y Valerio herederos, Gayo en ocho onzas y Valerio en cuatro, ó bien Gayo en diez onzas y Valerio en seis? Habiendo ya distribuido el testador doce onzas en el primer caso y diez y seis en el segundo, ¿qué le queda á Sempronio? Se juzgará entónces que el testador, en vez de hacer un solo peso de su herencia, ha hecho dos, compuesto cada uno de doce onzas, segun la division comun; será lo mismo que si hubiera separado desde luégo su herencia en dos ases, para pesar y distribuir sucesivamente cada uno de ellos en doce onzas entre los herederos instituidos, lo que constituirá veinticuatro onzas para toda la herencia, y cada onza sólo valdrá una vigésimacuarta parte. Así en el ejemplo citado, habiéndose gastado y áun excedido el primer peso de doce onzas para Gayo y para Valerio, pertenecerá á Sempronio el segundo peso entero ó el

resto de este segundo peso, es decir, doce onzas si Gayo y Valerio tienen ya doce para los dos, ó solamente ocho si tienen diez y seis. Esto era lo que los romanos llamaban un doble peso (*dupondius*).

Continuando este sistema, habia tambien respecto de la herencia entera un triple peso (*tripondius*), cada uno de un as ó doce onzas, entre todo treinta y seis onzas; ó bien un peso cuádruplo que compusiese en todo cuarenta y ocho onzas; y así sucesivamente, si ocurriese que el testador, habiendo ya distribuido ó excedido veinte y cuatro ó treinta y seis onzas, hubiese dejado sin embargo á algun heredero sin parte.

En resúmen, la herencia se divide siempre en tantas partes iguales cuantas ha distribuido el testador; pero si ha dejado sin parte á uno ó muchos herederos, sólo entónces se juzga que ha seguido necesariamente la division comun, la division legal del as en doce onzas, por simple, doble ó triple peso, segun es preciso hacerlo, para fijar la parte de los que no la tienen.

V. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina, ab uncias usque ad assem, ut puta hæc: *uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as.* Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum qui ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.

5. La herencia se divide con mucha frecuencia en doce onzas, comprendidas todas con el nombre de as. Cada una de estas diversas partes tiene su nombre propio, desde la onza hasta el as, á saber: *onza, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx.* Sin embargo, no es necesario que haya siempre doce onzas; porque tantas onzas cuantas quiere el testador, forman un as; si ha instituido un solo heredero para seis onzas, por ejemplo, estas seis onzas formarán un as entero, porque una misma persona no puede morir, parte atestada y parte abintestada, á no ser que se trate de un militar, cuya voluntad se considera únicamente en materia de testamentos. Puede dividirse en sentido inverso la herencia propia en tantas onzas como se quiere.

Sextans, una sexta parte del as ó doce onzas;—*quadrans*, una cuarta parte ó tres onzas;—*triens*, una tercera parte ó cuatro onzas;—*quincunx*, cinco onzas;—*semis*, la mitad ó seis onzas;—*septunx*, siete onzas;—*bes* (contraccion de *bis-triens*), dos terceras partes ú ocho onzas;—*dodrans* (contraccion de *de* privativo

y de *quadrans*), el as ménos una cuarta parte, esto es, tres cuartas partes ó nueve onzas; — *dextans* (contraccion de *de* privativo y de *sextans*), el as ménos una sexta parte, es decir, cinco sextos ó diez onzas; — *deunx* (contraccion de *de* privativo y de *uncia*), el as ménos una onza, es decir, once onzas.

VI. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis *æquis partibus* eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit: et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent. Si vero totus as completus sit, ii qui nominatim expresas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus an medius an novissimus sine parte heres scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

6. Cuando muchos herederos son instituidos, el testador no necesita hacer una asignacion de parte sino cuando no quiere que sean herederos por partes iguales; porque no haciendo ninguna asignacion, da á entender bastante que deben *distribuirse por igual la herencia.* Pero si hay asignacion de partes para algunos, y otro ha sido instituido sin parte designada, este último, si le queda alguna parte del as, será heredero de esta parte; del mismo modo, si hay muchos herederos inscritos sin ninguna fijacion de parte, concurrirán todos en la parte restante del as. Pero si todo el as ha sido distribuido, los que tengan tres partes determinadas se distribuirán una mitad de la herencia, y aquel ó aquellos que no tengan partes fijas, tomarán la otra mitad. Poco importa el lugar en que se haya inscrito el heredero sin parte; que sea el primero, el segundo ó el último, siempre se juzga que se le ha atribuido la parte vacante.

Æquis ex partibus eos heredes esse. Segun hemos dicho poco ántes, se harán otras tantas partes iguales como herederos haya. Añádese, sin embargo, que si muchos han sido instituidos conjuntamente, es decir, en su totalidad, de manera que respecto de la herencia no formen más que una sola persona colectiva, sólo serán contados en la distribucion por uno, y recibirán todos ellos una parte; « *Titus heres esto; Seius et Mœvuis heredes sunto.* » La opinion de Próculo es cierta, dice Celso; se harán dos partes iguales de la herencia, y se dará una á Seyo y á Mevio conjuntamente (1).

VII. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris

7. Veamos lo que se ha de decidir cuando hay una parte vacante, y sin embargo, no carece tampoco de

(1) Dig. 28. 5. 59. § 2.—Ib. 11. f. Javolen.

sit; veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si, verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.

ella ninguno de los instituidos. Por ejemplo, si tres herederos han sido instituidos cada uno en un cuarto, es claro que la parte vacante debe acrecer tácitamente á cada uno de ellos en su parte hereditaria, siendo considerados como instituidos cada cual de ellos en un tercio. Si, por el contrario, han sido instituidos más herederos que partes, el excedente debe tácitamente decrecer á cada uno en parte proporcionada: por ejemplo, si cuatro herederos han sido instituidos cada uno de ellos en un tercio, se les considerará como instituidos á cada uno sólo en una cuarta parte.

VIII. Si plures unciæ quam duodecim distributæ sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit si dupondius expletus sit: quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

8. Si el testador ha distribuido más de doce onzas, el que ha sido instituido sin parte tendrá lo que falta para completar el doble peso; lo mismo sucederá si este doble peso ha sido agotado; por lo demas, todas estas porciones se refieren en definitiva á un solo as, aunque comprendan más de doce onzas.

4.° *Modos y condiciones que pueden ó no imponerse á la institucion de heredero.*

IX. Heres et *pure* et *sub conditione* institui potest; *ex certo tempore, aut ad certum tempus*, non potest: veluti, POST QUINQUENNIUM QUAM MORIAR, vel EX CALENDIS ILLIS aut USQUE AD CALENDAS ILLAS HERES ESTO. Denique diem adjentum haberi *pro supervacuo* placet; et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

9. La institucion de heredero puede hacerse *puramente*, ó *bajo condicion*, pero no *desde un término fijo*, ni *hasta un término fijo*; por ejemplo, QUE SEA HEREDERO CINCO AÑOS DESPUES DE MI MUERTE, Ó DESDE TALES CALENDAS, Ó HASTA TALES CALENDAS: se considera la fijacion de semejante término como superflua, y al heredero como instituido pura y simplemente.

Pure. En este caso principia para el heredero el derecho á la herencia el mismo dia de la muerte del testador.

Sub conditione. Aquí depende la institucion del cumplimiento de la condicion. Si este cumplimiento ha tenido lugar en vida del testador, no siendo ya incierto el derecho del heredero instituido, principia aquél, como en el caso de una institucion pura y simple, el mismo dia del fallecimiento. Pero si al tiempo de dicho establecimiento no se halla cumplida la condicion, el derecho del here-

dero instituido permanece todavía dudoso y en suspenso, y no puede ejercitarse hasta el dia del cumplimiento de la condicion. Así el dia del cumplimiento de la condicion de las instituciones condicionales ocupa el mismo lugar que el dia del fallecimiento del testador en las instituciones puras y simples. Todas las reglas que en este último caso apliquemos al dia de la muerte del testador, relativamente á la capacidad del heredero, deben aplicarse respecto de las instituciones condicionales, al dia del cumplimiento de la condicion; y si el instituido muere ántes de dicho dia, como que muere ántes de que principie su derecho, este derecho, ó más bien esta esperanza de derecho, fenece absolutamente con él, del mismo modo que si siendo instituido pura y simplemente, hubiese muerto ántes del fallecimiento del testador.

Mas cuando el cumplimiento de la condicion ha tenido lugar, ¿habrá de decirse, como verémos al tratar de las obligaciones, que dicho cumplimiento tiene un efecto retroactivo, y que el derecho del heredero condicional se considera haber principiado el dia mismo de la muerte del testador? No, no hay ningun efecto retroactivo en este sentido : nunca nacen los derechos sino del cumplimiento de la condicion; sólo á esta época, es decir, á esta fecha y al principio de los derechos, se arreglan las condiciones de capacidad de heredero condicional; y la herencia, y no él, se considera hasta este momento que ha continuado y sostenido la persona del difunto. Esto no impedirá, sin embargo, que se aplique á este caso, como á todos los demas, esta regla general : que una vez hecha la adicion, en cualquier tiempo que sea, se halla el heredero en la misma situacion que si hubiese sucedido al difunto inmediatamente despues de su muerte. «*Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte succesisse defuncto intelligitur*» (1). Pero éste es un efecto de la adicion y no del cumplimiento de la condicion ; este efecto, que explicarémos en adelante al hablar de la adicion, es general y tiene lugar lo mismo respecto del heredero puro y simple que respecto del heredero condicional, cualquiera que sea el intervalo que dichos herederos hayan dejado transcurrir entre el momento en que puede principiar á ejecutarse su derecho (que para el uno tiene lugar desde el fallecimiento, y para

(1) D. 29. 2. 54. f. Florent.

el otro desde el cumplimiento de la condicion) y la época posterior en que hayan hecho la adicion.

Ex certo tempore aut ad certum tempus. Se pregunta : ¿En qué consiste la diferencia entre la institucion bajo condicion y la institucion por término? ¿ Porqué la una podria tener lugar, miéntras que no la otra? La explicacion es fácil, sin que para darla sea necesario suponer ningun efecto retroactivo en la institucion condicional. La institucion por término no podia tener lugar, porque no se podia quedar en parte con testamento y en parte sin él. Mas ¿ qué habria sucedido en el caso de una institucion que debiese principiar á tener efecto en un tiempo determinado (*ex certo tempore*): «que Ticio sea heredero cinco años despues de mi muerte», ó de una institucion hasta cierto tiempo (*ad certum tempus*) : «que Ticio sea heredero por cinco años?» En el primer caso, miéntras no han terminado los cinco años, no hay ni debe haber ningun heredero testamentario : ninguna incertidumbre hay en este particular ; esto es evidente : la herencia testamentaria no empezará sino dentro del plazo de cinco años ; sería, pues, necesario, esperando este plazo, deferir la herencia *ab intestato*, á la cual no se opondria ningun derecho, ninguna esperanza de derecho, y esta herencia cesaria cuando empezára el otro. En el segundo caso, cuando la herencia testamentaria ha durado cinco años, ha fenecido; ya no habrá heredero, ni esperanza de heredero testamentario ; tambien, pues, sería preciso deferir la herencia *ab intestato*. De manera que la misma herencia habrá sido por un tiempo testada, y por otro intestada. El heredero instituido por término (*ex certo tempore*), no habrá realmente sucedido al difunto, sino más bien á los herederos *ab intestato* que lo habian precedido : la persona del difunto no habria sido continuada hasta él por la herencia vacante, sino más bien por los herederos *ab intestato ;* en fin, no podria aplicárseles la regla general de que por la adicion hecha se encuentra como si hubiera sucedido al difunto, desde el instante de su muerte, hasta que hubiese herederos intermediarios. Las mismas consecuencias se aplicarán en sentido contrario á los herederos *ab intestato*, si se tratase de institucion hasta un cierto tiempo (*ad certum tempus*). En fin, en uno y otro caso habria herederos que sólo lo serian por un tiempo, á saber : los herederos *ab intestato* en el primer caso, y el heredero testamentario en el segundo ; con infraccion del principio de que no se puede hacer que el que ha sido una vez heredero deje

de serlo : «*Non potest efficere*, dice Gayo, *ut qui semel herese xtitit, desinat heres esse*» (1). Por todas estas razones decisivas, que se resumen en ésta, no se puede estar en parte con testamento y en parte sin él; la institucion con término no podia tener lugar.

Pero nada de esto se hallaba en la institucion condicional, porque, aunque no se hubiese realizado la condicion, miéntras que podia hacerlo habia esperanza de un heredero testamentario, y esta esperanza bastaba para excluir la sucesion *ab intestato*, no pudiendo ésta verificarse sino en el caso de que la falta de heredero testamentario llegase á ser cierta, por no haberse en manera alguna realizado la condicion (2).

Las diferencias y razones que acabamos de exponer son de tal modo exactas, que las hallamos expresamente manifestadas en un fragmento de Trifonino. Podian los militares por privilegio morir en parte con testamento, y en parte sin él; podian tambien, segun el testimonio de este jurisconsulto, instituir á un heredero desde cierto tiempo y hasta cierto tiempo. ¿Qué sucederia, pues, si un militar hubiese testado en estos términos: *Titus usque ad annos decem heres esto?* Al cabo de diez años, continúa Trifonino, habria lugar á la herencia *ab intestato* (*intestati causa post decem annos locum habebit*). ¿Y si ha testado *ex certo tempore?* Hasta que este tiempo haya llegado, la herencia *ab intestato* será deferida: *Consequens est, ut antequam dies veniat, intestati hereditas deferatur*» (3). Todo esto no habria tenido lugar si este militar hubiese hecho una institucion, no por tiempo, sino condicional; en esto hallamos un ejemplo patente de la diferencia que habia entre la institucion por tiempo, y la institucion bajo condicion; y del motivo que en los testamentos no privilegiados hacía la una imposible y la otra posible.

El texto dice, *ex certo tempore;* en efecto, si se tratase de un plazo no fijo y determinado en su época, sino incierto bajo este aspecto solamente, aunque debiendo ocurrir necesariamente la institucion hecha desde semejante tiempo, sería válida. Así se podia instituir válidamente en estos términos: cuando muera su tutor; cuando muera tal persona. «*Etiam, cum quis moreretur, he-*

---

(1) D. 28. 5. 88.— De aquí se ha tomado el adagio: *Semel heres, semper heres.*
(2) D. 29. 2. 39. f. Ulp.—50. 17. 88. f. Paul.
(3) D. 29. 1. 41. pr.

redem scribe placuit (1). ¿Y por qué esta diferencia entre el término cierto y el incierto? Porque en un testamento el término incierto forma condicion: «*Dies incertus conditionem in testamento facit*», dice Papiniano (2). Sin embargo, es indudable que el tutor y que la persona designada morirá; únicamente el momento de la muerte es incierto. Verémos, por consiguiente, que en las obligaciones no habria en esto una condicion, pues el hecho no admite duda; ¿por qué sucede otra cosa en los testamentos? Porque segun las reglas particulares acerca del principio de adquisicion de las herencias, no basta, para que pueda ejercitarse el derecho á la institucion, que el tutor ó la persona designada mueran; es preciso que mueran ántes del instituido, pues en otro caso morirá éste sin ningun derecho. Esto es como si el testador hubiese dicho: «Ticio será heredero si su tutor ó si tal persona mueren ántes que él»; es decir, que es una verdadera condicion. Lo mismo tiene lugar respecto de los delegados (3); con razon, pues, se dice: «*Dies incertus conditionem in testamento facit.*»

Pro supervacuo; observamos las consecuencias: el término impuesto ilegalmente no hace nula la institucion. Pero se considera como no puesto, y la institucion como pura y simple.

Lo mismo se verifica respecto de las condiciones que no pueden imponerse legalmente.

X. *Impossibilis conditio* in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.

10. La *condicion imposible* en las instituciones, legados, fideicomisos y manumisiones, se considera no escrita.

Impossibilis conditio. Se dice que la condicion es imposible, cuando el hecho mismo que la constituye es imposible, siendo repugnante á la naturaleza misma de las cosas: *Possibilis est*, dice Paul, *quæ per rerum naturam admiti potest; impossibilis quæ non potest* (4); por ejemplo, si toca el cielo con el dedo, ó si bebe toda el agua del Tíber. En materia de obligaciones, una condicion de esta naturaleza habria producido la nulidad de la misma obligacion, como verémos más adelante (Inst. 3, 9, 11); pero en materia

(1) Cod. 6. 24. 9. cons. de Diocleciano y Maxim.

(2) D. 35. 1. 75.—Ulpiano repite, hablando de los legados: «*Dies incertus appellatur conditio.*» D. 30. *De legat.* 1. 30. § 4.

(3) D. 35. 1. 1. § 2. f. Pom.—79. § 1. f. Pap.—36. 2. 4. f. Ulp.

(4) Paul Sent. 3. 4. 2.° 1.

de testamentos los jurisconsultos no estaban de acuerdo. «Nuestros preceptores, dice Gayo, hablando de los Sabinianos, creen que el legado hecho bajo una condicion imposible es válido, como si esta condicion no hubiese sido puesta; pero los autores de la escuela opuesta (es decir, los Proculeyanos) juzgan que el legado es tan nulo como sería una estipulacion : en efecto, añade el jurisconsulto, á pesar de ser tan Sabiniano, apénas se puede dar una razon satisfactoria de esta diferencia (1). La opinion de los Sabinianos ha prevalecido en las disposiciones testamentarias, y las condiciones imposibles se consideran como no escritas. Lo mismo sucede con las condiciones contrarias á las leyes ó á las costumbres: *Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptæ nullius sunt momenti, velutti:* SI UXOREM NON DUXERIS, SI FILIOS NON SUSCEPERIS, SI HOMICIDIUM FECERIS, SI BARBARO HABITU PROCESSERIS (lo que es un rasgo de carácter), *et his similia*» (2). Es preciso colocar aparte las que constituyen lo que los romanos llamaban instituciones ó legados captatorios (*captatoriæ institutiones*), es decir, hechos para promover un rasgo de liberalidad recíproca en beneficio del testador. Por ejemplo : *Qua ex parte Titius me heredem instituerit, ex ea parte Mævius heres esto.* Una resolucion del Senado declara que tales instituciones ó tales legados sean absolutamente nulos, y que se consideren como no puestos áun en los testamentos de los militares (3).

En cuanto á las reglas acerca de las condiciones en sí mismas, acerca de sus diversas especies, y su cumplimiento ó falta de realizacion, las examinarémos en adelante al tratar en especial de las condiciones (Inst. 3. 15. 4).

XI. Si plures conditiones institutioni adscriptæ sunt : siquidem conjunctim, ut puta : SI ILLUD ET ILLUD FACTA ERINT, omnibus parendum est : si separatim veluti SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, cuilibet obtemperare satis est.

11. Cuando muchas condiciones han sido impuestas á una institucion; si esto se ha hecho conjuntamente, como por ejemplo : SI TAL Y TAL COSA SE HACEN, es preciso que todas se cumplan; mas si esto se ha hecho disyuntivamente, como por ejemplo : SI TAL Ó CUAL COSA SE HACE, basta que una ú otra indiferentemente se realice.

---

(1) Gay. 3. 98. «*Et sane, vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*»
(2) Paul. Sent. 3. 4. 2. § 2.
(3) D. 34. 8. 1. f. Julian.—30. 1. 64. f. Gay.—28. 5. 70. f. Papin., y 17. f. Paul. — Cod. 6. 21. 11. const. de Diocl.

XII. Ii quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregrinatos, ignorans qui essent, heredes instituerit: ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

12. El testador puede instituir herederos á los que nunca haya visto, como, por ejemplo, á los hijos de su hermano nacidos en país extranjero y que le sean desconocidos; esta ignorancia del testador no vicia la institucion.

De las sustituciones.

A continuacion de las instituciones y de las condiciones que á ellas pueden ponerse, se colocan naturalmente las *sustituciones*, que no son más que instituciones condicionales de un género particular. El nombre de sustitucion procede de *sub-instituere*, instituir debajo; *sub-institutio*, institucion colocada bajo otra. En efecto, toda sustitucion no es más que una institucion condicional colocada en segundo lugar bajo una institucion principal. Se distinguian en dos clases: la sustitucion vulgar (*vulgaris substitutio*) y la sustitucion pupilar (*pupillaris substitutio*), de la que ha tomado Justiniano por analogía una tercera especie, llamada por los comentadores sustitucion cuasi-popular ó ejemplar (1). Todas las sustituciones tenian por efecto prevenir el caso de morir intestado, instituyendo un heredero para el caso en que se realizase la muerte de otro. Por esto no eran más que instituciones condicionales.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUSTITUTIONE.

Potest autem quis in testamento suo *plures gradus* heredum facere, ut puta, SI ILLE HERES NON ERIT, ILLE HERES ESTO; et deinceps, in quantum velit testator substituere. Potest et novissimo loco in subsidium vel *servum necessarium heredem* instituere.

TÍTULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

Se pueden constituir en un testamento *muchos grados* de herederos, como, por ejemplo: SI AQUÉL NO FUESE HEREDERO, QUE LO SEA ÉSTE; y así en otros casos, haciendo tantas instituciones cuantas quiera el testador. Puede áun éste, en último lugar, y como recurso subsidiario, instituir *á uno de sus esclavos heredero necesario.*

Tal es la sustitucion vulgar, así llamada porque es la más comun, y porque, segun Teófilo, se puede sustituir de esta manera á

(1) La palabra sustitucion en el derecho frances se emplea especialmente para designar las disposiciones con el cargo de dar. Verémos en adelante que en el derecho romano estas especies de disposiciones que entran en la clase de los fideicomisos no se hallaban clasificadas entre las sustituciones.

todo el mundo. De todas las sustituciones, ésta es la que más naturalmente ha debido ocurrirse á los testadores. Su orígen debe confundirse con el de las mismas instituciones hereditarias. Vigente en tiempo de la República, como se ve por los escritos de Ciceron (1), su uso se hizo mucho más frecuente bajo los emperadores cuando las leyes caducarias, las leyes JULIA y PAPIA de que hemos hablado (*Hist. del der.*, p. 253), multiplicaron tanto las incapacidades para recibir; porque en esta época los testadores, á fin de prevenir en cuanto fuese posible las numerosas causas de caducidad que amenazaban sus disposiciones y que habrian hecho caer sus bienes en manos del tesoro público (*ærarium*), se consideraron en el caso de instituir muchos herederos, á falta unos de otros (2). Por otra parte, ya la importancia que daban los romanos á la circunstancia de no morir intestado, ya la de que si la institucion caducaba, todas las demas disposiciones caducaban tambien, bastaban para hacer frecuente entre ellos las sustituciones vulgares.

Plüres gradus. Los herederos llamados en primera línea forman el primer grado, y son los propiamente instituidos; los llamados á falta de los primeros forman el segundo grado, y éstos son los sustitutos; y así en el tercero, cuarto y demas grados, si hay muchas sustituciones sucesivas.

Si ille heres non erit. Ésta es la condicion particular que caracteriza la sustitucion vulgar. Esta especie de disposicion es una institucion condicional para el caso en que los primeros instituidos no llegasen á ser herederos, ya por negarse á ello, ya por ser incapaces, porque la generalidad de estos términos *heres non erit* comprende igualmente todos los casos (3).

Servum necessarium heredem. Instituyendo así en último lugar (*novissimo loco*) á su esclavo, que por fuerza habrá de ser heredero necesario, se asegura el testador para el caso en que todos los grados anteriores le falten contra la eventualidad de que su herencia deje de ser admitida por parte del último grado subsidiario. Por lo demas, nada impide instituir á su esclavo, no en último

(1) CICER. Brut. c. 52.—*De Or.* I. 39, 57.

(2) «.... *Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est ut et substitutiones introducerent ne fiant caduca.*» (Cod. 6. 5. 1. pr. const. Just.).

(3) ¿Pero qué se decidirá si el testador no hubiese expresado sino uno de estos casos: *Si heredem esse noluerit*, ó reciprocamente? ¿Sería el otro subentendido? Sí. Argum. D. 28. 2. 29.—28. 6. 4. pr.—35. 1. 101. pr.—Cod. 6. 24. 3.—6. 26. 4.—V. por tanto, contra esta opinion, Dig. 28. 2. 10.

lugar, sino en el grado que mejor parezca al testador, y aunque sea en el primero. Sólo si se tratase de un testador insolvente sería preciso aplicar lo que hemos dicho acerca de la ley Ælia Sentia. El esclavo, cualquiera que fuese el lugar de su institucion, no sería heredero sino á falta de cualquiera otro instituido ó sustituido (*solus et necessarius heres*), como si hubiese sido inscripto despues de todos los demas y como en último recurso (1).

I. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, *vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt.*

1. Se puede sustituir muchos á uno solo, y uno solo á muchos, ó bien tal á cual otro, *ó sustituir entre sí los mismos instituidos.*

Vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt; es decir, que si uno, ó cualquiera, ó alguno de los instituidos no son herederos, les serán sustituidos los otros. Así, la parte de los que falten pasará en justa proporcion á los que sean herederos (2). Pero observemos que pasará á ellos, no por título de acrecion, sino por sustitucion; es decir, no en virtud de su primera institucion y como consecuencia precisa de ésta, sino en virtud de su segunda institucion condicional, *si heres non erit*, que se habrá realizado; no por ejecucion de su primer título de heredero, sino con nuevo y distinto título. Es verdad que si no hubiese habido sustitucion, las porciones vacantes habrian pasado á cada uno proporcionalmente por derecho de acrecion; pero entre esta acrecion y la adquisicion por sustitucion hay notables diferencias : 1.°, la acrecion es forzada, y la adquisicion por sustitucion, voluntaria; porque como es una segunda institucion distinta de la primera, no está obligado el heredero, por haber aceptado la primera, á aceptar tambien la segunda : puede repudiarla ó adirla (3); 2.°, la acrecion tiene lugar de pleno derecho en virtud de la primera adicion, y se arregla, ya para las condiciones de capacidad, ya para la adquisicion, á la época de esta primera adicion; la adquisicion por sustitucion sólo tiene lugar por la adicion que de ella se hace, y sólo se arregla por la época de la segunda adicion (4).

(1) D. 28. 5. 57. f. Paul.

(2) Y sólo aquéllos : D. 28. 6. 23. f. Pap.

(3) Cod. 6. 26. 6. const. Diocl. y Maxim.—Dig. 29. 2. 35. pr. f. Ulp. «*Ex causa substitutionis adeant.*»—Ib. 79. § f. 1. Javol.

(4) De modo que puede hacerse que en esta segunda época la adquisicion no sea ya para la misma persona (D. 29. 2. 35. pr.); ó tambien que no existiendo ya las condiciones de capacidad para tal ó cual heredero, cuando se abre la sustitucion, la adquisicion no pueda hacerse por él. (V. adelante 3. 4. § 4.)

Establezcamos, pues, como principio, que léjos de confundirse con el derecho de acrecer, toda sustitucion, ya de un tercero, ya de herederos entre sí, impide que tenga lugar la acrecion, pues impide que haya porciones vacantes. Sólo en el caso de que la sustitucion fuese repudiada ó feneciese de cualquier otro modo, tendria lugar el derecho de acrecion.

Bajo el imperio de las leyes caducarias, cuya abrogacion total por Justiniano es tambien posterior á las Institutas, el derecho de acrecion no tenía lugar indistintamente en beneficio de todos los herederos; sólo entre los herederos instituidos, los ascendientes ó hijos del testador hasta el tercer grado, y despues de ellos los instituidos con hijos, podian recoger las partes caducas ó cuasi-caducas, si no volvian éstas al Tesoro público (*ærarium*) (1). Ésta era, pues, una razon más para recurrir á las sustituciones, ya de los terceros, ya de los herederos entre sí.

II. Et si ex disparibus portionibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione dedisse, *quas in institutione expressit.* Et ita divus Pius rescripsit.

2. Y si los herederos instituidos por partes desiguales han sido sustituidos entre sí, sin indicacion de parte en la sustitucion, se juzga que el testador ha dado en la sustitucion las mismas partes *que las que ha señalado en la institucion;* así lo ha decidido por medio de un rescripto el divino y piadoso Antonino.

Quas in institutione expressit. Pero es igualmente dueño de señalarles en la sustitucion partes muy diferentes que las que aquéllos tienen en la institucion; y esto produce una nueva diferencia entre esta sustitucion de los herederos entre sí y el derecho de acrecion.

III. Sed si instituto heredi, et coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus *sine distinctione* rescripserunt *ad utramque partem* substitutum admitti.

3. Si á un heredero instituido se ha sustituido su coheredero, y á éste un tercero, los divinos Severo y Antonino han decidido por medio de un rescripto que el último sustituto sea admitido *sin distincion á una y otra parte.*

De lo que se infiere la regla general de que el que es sustituido á un sustituto, se cree serlo igual y tácitamente al mismo instituido. Ejemplo : *Primus* es instituido heredero; *Secundus* le es sus-

(1) Ulp. Reg. tít. 17 y 18.

tituido, y á éste *Tertius*; este último, aunque sólo sea expresamente sustituido á *Secundus*, se juzga serlo tácitamente á *Primus*.

Sine distinctione. Es decir, sin distinguir en qué época ha fenecido la primera sustitucion, ya sea ántes ó despues de la misma institucion. Si fué despues, no hay para qué dudar; por ejemplo: la institucion cesa primero, ya por la negativa, ya por la muerte de *Primus* ó por otra causa cualquiera; entónces la sustitucion se abre y el derecho de herencia vuelve á *Secundus*; posteriormente éste no puede ó no quiere ser heredero; desde el momento mismo su sustituido ocupa su lugar y llega por este medio á la herencia. Pero si el primer sustituido, *Secundus*, muere, ó pierde la capacidad el primero ántes que la institucion que le precede fenezca, cuando más adelante fenezca esta institucion, *Tertius*, al ocupar el lugar de *Secundus*, al cual ha sido sustituido, sólo ocuparia el lugar de un incapaz, muerto ántes de principiar á poderse ejercer los derechos; es preciso, pues, suponer que procede de su jefe, como si hubiese sido él mismo sustituido directamente del instituido *Primus*, cuyos derechos acaban de fenecer. En este segundo caso habia dudas; sin embargo, los jurisconsultos las resolvieron en favor del sustituto. «*Verius puto*, decia Juliano, *in utramque partem substitutum esse*» (1). Las Institutas nos dicen que Severo y Antonino disiparon todas las dudas, diciendo que no se hiciesen distinciones en adelante.

Ab utramque partem admitti. En el ejemplo citado, ya aquí, ya en el Digesto (2), hay un heredero que está sustituido en primera línea á otro de sus coherederos y que tiene el mismo en segundo órden de su instituto. Éste, si le llega su caso, tomará dos partes, á saber, la del heredero de quien era directamente sustituto, y la del heredero de quien este último era tambien sustituto, cuya parte, en vez de acrecer proporcionalmente á él y á los demas herederos, si hubiese algunos, les corresponderá exclusivamente por derecho de sustitucion, sin distinguir si ántes ó despues de la otra ha sido repudiada ó ha caducado.

Se puede observar que la sustitucion de que acabamos de tratar aquí es una sustitucion tácita, esto es, no expresada, sino subentendida en la disposicion; esto podria ocurrir áun en otros casos,

(1) D. 28. 6. 27.
(2) Ib 41. pr. f. Papin.

y, por ejemplo, en el que cita Celso: « *Titius et Sejus uterve eorum vivat, heres mihi esto* », en el cual, como dice este jurisconsulto, « *Tacita substitutio inesse videtur institutioni* » (1).

Siendo la sustitucion vulgar una especie particular de institucion, exige de parte del sustituto las mismas condiciones de capacidad que de parte de cualquier otro instituido. Fenece, pues, por las mismas causas que hacen fenecer una institucion ordinaria; por ejemplo, si el sustituto muere ó sobre él recae alguna incapacidad ántes del fallecimiento del testador ó ántes de poderse principiar á ejecutar sus derechos. Ademas, como sólo es una institucion condicional *si heres non erit*, fenece tambien si dicha condicion llega á fenecer, es decir, si el instituido se hace heredero. Por lo contrario, el derecho de sustitucion principia despues de principiar la sucesion cuando la condicion se ha realizado, es decir, cuando es cosa cierta que el instituido no es heredero.

El párrafo siguiente trata acerca de este punto de un caso particular.

IV. Si servum alienum quis patrem familias arbitratus, heredem scripserit, et si heres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævius substitutus *in partem admittitur*. Illa enim verba SI HERES NON ERIT, in eo quidem quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit. In eo vero quem patrem familias esse arbitratur, illud significant: si hereditatem sibi, eive cujus juri *postea* subjectus esse cœperit, non adquisierit. Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.

4. Cuando alguno, juzgando por jefe de familia á un esclavo extraño, lo ha instituido heredero, y para el caso en que no fuese heredero le ha nombrado á Mevio por sustituto, si dicho esclavo hace adicion por órden de su señor, el sustituto Mevio será admitido en parte. En efecto, estas palabras SI NO FUESE HEREDERO, aplicadas á aquel que el testador sabe estar bajo el poder de otro, significan: si no es él ni hace á ningun otro heredero; pero respecto de una persona á quien el testador juzga jefe de familia, significan dichas palabras: si no adquiere la herencia ni para sí ni para aquel bajo quien despues llegase á estar sometido; así lo ha decidido Tiberio César, respecto de Partenio, su propio esclavo.

Aquí se trata de determinar el sentido de estas palabras: *Si heres non erit.* ¿Será considerada como realizada esta condicion, ó como fenecida en el caso en que el instituido no pudiese adquirir para sí mismo la herencia, sino sólo para otro? Acerca de esto es

(1) D. 28. 5. 24 y 25.

preciso distinguir si el testador conocia ó no la situacion del instituido.

Si él sabía que era esclavo, es claro que cuando éste adquiere despues, para sí, si ha sido manumitido, ó para su señor, si no lo ha sido, es heredero en el sentido en que el testador lo ha entendido; porque para el testador, *si heres non erit* significaba aquí, segun las expresiones del texto, *si neque heres erit, neque alium heredem effecerit.*

Pero ¿deberia suceder lo mismo si el testador lo hubiese instituido heredero juzgándolo libre y jefe de familia, y siendo en realidad un esclavo? Aquí el testador no tenía presente un modo de adquisicion que no podia sospechar; ha comprendido en su disposicion al instituido ó á su futuro señor, si llegaba aquél á caer en poder de otro, pues esto se hallaba en el órden de cosas posible; pero no á un señor actual, pues lo juzgaba en otra situacion diversa. *Si heres non erit* significaba aquí para el testador, siempre segun las expresiones del texto, *si hereditatem sibi, eive cujus juri postea* (en adelante, pero no á un señor actual, cuya existencia ignoraba el testador) *subjectus esse cœperit, non adquisierit.* No hallándose cumplida esta intencion, deberia tener lugar la sustitucion (1).

En este sentido decide Tiberio, juzgando en su propia causa, es decir, tratando de uno de sus esclavos. En efecto, no siendo nula la primera institucion, permanece siempre; pero como no se realiza en el sentido que el testador la ha entendido, se considera llegado el caso de la sustitucion : y entónces llegando los dos, el instituido y el sustituto, es preciso que partan entre ambos.

In partem admittitur: pero ¿qué parte? Por mitad cada uno, como dice acerca de este párrafo expresamente la paráfrasis de Teófilo, y como resulta por necesidad de la explicacion anterior (2).

---

(1) Vemos en Gayo, 2. § 117, una particion semejante en otro caso, que prueba que en las sustituciones condicionales la manera con que debe entenderse el cumplimiento de la condicion es una cuestion de intencion.

(2) El fragmento de Juliano (D. 28. 5. 40), de donde se ha querido deducir que sólo parten una mitad de la sucesion, sin decir á quién va la otra mitad, no debe oponerse; habia probablemente en esta especie otro heredero por mitad. La interpretacion de las palabras *si heres non erit* da lugar á otras muchas controversias : ¿falta esta condicion, y la sustitucion fenece, si sólo el padre es el que ha hecho la adicion de la herencia deferida al hijo de familia, y de la que sólo tiene el usufructo? (Por la afirm. arg. Cod. 6. 30. 18. § 1.—6. 61. 8. pr. §§ 1 y 2.)—¿Si habiendo hecho el instituido primero adicion, obtiene contra esta adicion la restitucion *in integrum* por razon de minoria? (Aff. Dig. 4. 4. 7. § 10.—38. 9. últ. *in fin.*—Neg. Dig. 42. 1. 44.) Si el instituido es un hijo, heredero necesario, ¿quién se abstiene? Teófilo resuelve esta cuestion negativamente, porque el hijo no deja por eso de ser heredero.

TITULUS XVI. — TÍTULO XVI.

DE PUPILARI SUBSTITUTIONE. — DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

La sustitucion pupilar es la institucion de un heredero hecha por el jefe de familia en su propio testamento para la herencia del hijo impúbero sometido bajo su potestad, en caso que este hijo, sobreviviéndole él, muera ántes de haber llegado á la edad de la pubertad. Es, propiamente hablando, el testamento del hijo hecho por el jefe como accesorio del suyo.

Esta, como todas las sustituciones, no es más que una institucion condicional, porque la condicion bajo que se hace es : si el hijo muere ántes de ser púbero (*si prius moriatur quam in suam tutelam venerit*). Se coloca en segundo lugar bajo una institucion principal, porque el jefe de familia no puede hacerla sino como una parte accesoria de su mismo testamento, de su propia institucion, á la que se halla subordinada, y cuya suerte sigue. Tiene, en fin, por objeto prevenir el caso de morir instestado : sólo en la sustitucion vulgar provee el testador á su propia sucesion ; en la sustitucion pupilar extiende más léjos su solicitud, y pretende evitar á su hijo la desgracia de morir intestado; porque quedando este hijo *sui juris*, si llegaba á morir impúbero, moria sin la capacidad necesaria para hacer testamento, y por necesidad moria intestado : con esta prevision los romanos, extendiendo más allá del sepulcro la omnipotencia paternal, habian admitido que el jefe de familia hiciese, al mismo tiempo que hacía el suyo, el testamento que el hijo impúbero no podia practicar por sí mismo. Podia decirse que el impúbero que llegase á ser *sui juris* tenía el derecho de tener un testamento ; pero que no teniendo el ejercicio de este derecho, suple lo que á éste falta su jefe de familia, ejerciéndolo ántes por él en su propio testamento.

Sabemos que la sustitucion pupilar ha sido introducida por el uso y por las costumbres : *moribus institutum est*, nos dice el texto en el párrafo siguiente, sin que nos sea posible determinar la época en que principió. Ciceron en su *Tratado del Orador* habla de una y otra.

El párrafo que sigue nos da un ejemplo de sustitucion pupilar.

Liberis suis impuberibus *quos in potestate quis habet*, non solum ita ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non extiterint alius ei sit heres; sed eo amplius, ut et si heredes ei extiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres : veluti si quis dicat hoc modo : TITIUS FILIUS MEUS HERES MIHI ESTO; ET SI FILIUS MEUS HERES MIHI NON ERIT, SIVE HERES ERIT ET PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT (id est, pubes factus sit), TUNC SEIUS HERES ESTO. Quo casu si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est ut, cum ejus ætatis filii sint in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

Respecto de los hijos impúberos *que se tienen bajo su potestad*, se les puede sustituir, no sólo como acabamos de exponer, es decir, en el sentido de que si no son herederos, lo sea otro, sino ademas en el sentido de que si despues de haber sido herederos, mueren impúberos, sea otro heredero de ellos. Por ejemplo, en estos términos : QUE TICIO MI HIJO SEA MI HEREDERO, Y SI NO ES MI HEREDERO, Ó SI HABIÉNDOLO SIDO, MUERE ÁNTES DE HABER LLEGADO Á SU PROPIA TUTELA (es decir ántes de ser púbero), QUE SEYO SEA HEREDERO. En este caso, si el hijo no es heredero, el sustituto se hace heredero del padre; pero si el hijo, despues de haberlo sido, muere siendo aún impúbero, el sustituto se hace heredero del hijo. Porque es uso introducido por las costumbres que los jefes de familia hagan el testamento de sus hijos, cuando éstos no se hallan todavía en edad de hacerlo por sí mismos.

Quos in potestate quis habet : esta condicion es indispensable; el derecho de hacer el testamento de un impúbero se deriva únicamente de la patria potestad; de donde se deduce que sólo el jefe de familia puede ejercerlo; que no lo puede respecto de sus hijos emancipados, ni respecto de ninguno la madre, ni los ascendientes que carecen de potestad.

Si filius heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur....., etc. Este no es más que un ejemplo: el texto cita éste, porque es el más frecuente. En él se halla el hijo en primera línea instituido por el padre; pero verémos en el § 4 que podia ser de otro modo y encontrarse desheredado. Hay á un tiempo una sustitucion vulgar y una sustitucion pupilar terminantemente expresada; por manera que la misma persona es sustituida al hijo vulgar y pupilarmente. En otro tiempo se suscitaban graves discusiones para saber si cuando se hallaba expresa la sustitucion pupilar debia subentenderse la vulgar, y al contrario. Ciceron miraba esta cuestion como muy difícil (*ambigitur inter peritissimos*) (1). Una constitucion de Marco Aurelio declaró que siempre que se hallase

(1) CICERO. *de Orat.*, lib. 1. §§ 39 y 57.—*Brut.* § 52.

expreso un caso de sustitucion debia subentenderse el otro (1). Al testador toca declarar lo contrario, si no es tal su intencion.

I. Qua ratione excitati, etiam constitutionem possuimus in nostro Codice, qua prospectum est ut, si mente captos habeant *filios vel nepotes vel pronepotes* cujus cumque sexus vel gradus, liceat eis et si puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis *certas personas* substituere : sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

1. Movido por las mismas razones, hemos inserto en nuestro Código una constitucion, por la cual aquellos que tienen *hijos*, *nietos ú otros descendientes* en este estado de demencia, de cualquier sexo ó grado que sean, están autorizados, á ejemplo de la sustitucion pupilar, para sustituirles, con tal que sean púberos, *ciertas personas;* pero si recobran la razon, la sustitucion se invalida, y esto siempre á ejemplo de la sustitucion pupilar, que se invalida cuando el pupilo ha llegado á la edad de la pubertad.

Esta particular sustitucion es la que los comentadores han llamado *cuasi-pupilar* ó *ejemplar*, porque fué introducida por Justiniano á ejemplo de la sustitucion pupilar (*ad exemplum pupillaris substitutionis*, dice el texto). Tiene por objeto prevenir el caso de que el hijo púbero por su estado de demencia muera intestado. Es una institucion condicional, porque se ha hecho bajo esta condicion : si muere sin haber recobrado su razon (*si non resipuerit*); se halla colocada en segundo lugar bajo una institucion principal, porque el ascendiente no puede hacerla sino como cosa accesoria á su propio testamento.

Sin embargo, existen entre esta sustitucion y la pupilar dos diferencias notables, que el texto indica, pero sólo de un modo indirecto.

1.° *Filios, vel nepotes, vel pronepotes :* el texto pone aquí en la misma línea á los hijos, nietos y demas descendientes, sin exigir ninguna condicion de patria potestad. Ésta es, en efecto, la primera diferencia : la sustitucion cuasi-pupilar no se hace, como la sustitucion pupilar, en virtud de la patria potestad, sino en virtud de la cualidad de ascendiente ; el derecho para ello pertenece no sólo al padre, sino tambien á la madre y demas ascendientes sin distincion ; lo mismo respecto de los hijos emancipados que respecto de los demas.

2.° *Certas personas :* ésta es la segunda diferencia : en la susti-

(1) Dig. 28. 6. 4. pr. f. Modest.

tucion pupilar puede el jefe de familia sustituir á quien quiera por heredero de su hijo impúbero ; mas el ascendiente en la sustitucion cuasi-pupilar está obligado á tomar el sustituto, á quien quiera hacer heredero de su hijo demente, primero de entre los descendientes de este último, si los tiene ; y á falta de éstos, de entre sus hermanos ; y por último, en defecto de unos y de otros, puede sustituir á quien quiera (1).

La principal cuestion sobre esta especie de sustitucion consiste en saber cuál sería el ascendiente, y cuya voluntad prevaleceria en caso de haber muchos, es decir, si muchos ascendientes que hubiesen muerto ántes del hijo demente, hubiesen hecho cada uno de ellos para él una sustitucion cuasi-pupilar. No diciendo nada los textos sobre este punto, creen unos que la voluntad del padre deberia siempre prevalecer ; ó que los ascendientes no tenian este derecho hasta despues de la muerte del padre, y así sucesivamente, de grado en grado ; ó en fin, que el derecho únicamente pertenece al último que muera de los ascendientes. En este punto no pueden hacerse más que conjeturas.

Ántes de la constitucion de Justiniano, sólo por una gracia especial solicitada y obtenida individualmente, se podia ser autorizado por rescripcion del príncipe para hacer una sustitucion por su hijo demente (2).

II. Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata *duo quodammodo sunt testamenta*, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset : aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum.

2. En la sustitucion pupilar, tal como la hemos indicado, *hay en cierto modo dos testamentos :* el uno del padre y el otro del hijo, como si este último hubiese él mismo instituido á su heredero ; ó al ménos es un solo testamento, pero con dos causas, es decir, con dos herencias.

Duo quodammodo sunt testamenta. Hay en cierto modo dos tes-

(1) La constitucion de Justiniano se halla en el Código : 6. 26. 9. Algunos creen poder sacar de los términos de esta constitucion un tercer punto de diferencia, que consiste en que habria obligacion de dejar la porcion legítima á aquel para quien se quisiese hacer una sustitucion ejemplar, miéntras que se puede sustituir pupilarmente áun á su hijo desheredado ; pero verémos que la obligacion de dejar la porcion legítima existe para todos los hijos ; que es independiente de toda sustitucion, y que á ménos de ocurrir una justa causa de desheredacion, todos tienen derecho á ella, y pueden impugnar como inoficioso el testamento en que no se les haya dejado aquélla, haya ó no sustitucion, ora sea pupilar, ora cuasi-pupilar. Así en el primer caso lo mismo que en el segundo el hijo desheredado sin justa causa podria igualmente rechazar el testamento, y la sustitucion feneceria con éste. Véase por qué Justiniano advierte que es preciso (á ménos de haber justa causa) dejar la porcion legítima, *ne querela contra testamentum moveatur ;* advertencia aplicable á los dos casos.

(2) D. 28. 6. 43. f. Paul.

tamentos, si se consideran los efectos, y que el testamento se funda en la institucion; porque hay aquí dos instituciones distintas, dos herencias arregladas, la del padre y la del hijo. En cuanto á las formas exteriores, no hay más que una regularmente, porque la sustitucion pupilar se hace en el testamento del padre. Sin embargo, podria hacerse por un acto posterior y separado, sometido á todas las formalidades de los testamentos, en cuyo caso y bajo este aspecto habria dos; por último, en cuanto á su existencia y validez, reunidos ó separados estos dos testamentos, no forman más que uno, en cuanto á que el uno es parte accesoria del otro; en efecto, el testamento del padre es el principal; la sustitucion pupilar hecha en el mismo acto ó en otro posterior no es más que una disposicion accesoria, que fenece si el testamento fenece.

Véase por qué termina el texto con estas palabras, que en todos los casos, si no hay más que un solo testamento, es éste de dos herencias (*aut certe unum testamentum est duarum hereditatum*).

III. Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret ne filius ejus, pupillus adhuc, ex eo quod palam substitutum accepit, post obitum ejus pericula insidiarum subjiceretur, vulgarem quidem substitutionem palam facere, et in primis quidem testamenti partibus ordinare debet; illam autem substitutionem per quam et si heres extiteris pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare; et in priore parte testamenti cavere debet, ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illum palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii quod in iisdem tabulis scripta sit quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit.

3. Por lo demas, si alguno llevase su solicitud hasta el punto de temer que despues de su muerte, su hijo, todavía pupilo, por el hecho solo de haber recibido de un modo patente un sustituto, se hallaria expuesto á los peligros de algunas asechanzas, no tendria más que hacer francamente en la primera parte del testamento la sustitucion vulgar; en cuanto á aquella por la cual un sustituto es llamado para el caso en que el hijo heredero llegase á morir impúbero, deberá escribirla separadamente al fin del testamento, cerrada esta última parte con un hilo y un sello separado, y prescribir en la primera que las tabletas inferiores no sean abiertas, en tanto que su hijo viva y sea impúbero. Esto evidentemente no impide que una sustitucion pupilar, escrita en las mismas tabletas que la institucion, no sea muy válida, cualquiera que sea el peligro que en ello pudiera correr el pupilo.

Estas precauciones, que aconseja el texto, no exigen ninguna explicacion.

IV. Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita

4. La sustitucion por la cual el jefe de familia designa á sus hijos,

substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is quem voluerit, *sed etiam exheredatis*. Itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum, vel exheredatorum, *eadem etiam de postumis* intelligimus.

para el caso en que muriesen impúberos, á quien quiere por heredero, puede hacerse no sólo á aquellos que sean sus herederos, *sino áun á los que haya desheredado*. Y en este caso el sustituto tomará todo lo que el pupilo haya podido adquirir por sucesion, legado ó donacion de sus parientes ó amigos. Todo lo que hemos dicho de la sustitucion de los hijos impúberos, instituidos ó desheredados, *debe entenderse igualmente á los póstumos*.

Examinarémos á continuacion del párrafo anterior cuáles son aquellos á quienes se puede sustituir pupilarmente.

Á los hijos que se tienen bajo su potestad : tal es la condicion esencial. Y es preciso que la patria potestad exista no sólo al fallecimiento del testador, sino tambien en el momento en que hace la sustitucion. Si ésta fuese hecha en un acto separado y posterior al testamento, no sería necesario que la patria potestad hubiese ya existido á la formacion del testamento : únicamente es preciso considerar el tiempo de la sustitucion (1).

Sed etiam exheredatis. Porque el jefe de familia en la sustitucion pupilar no dispone de su propia sucesion, sino de la de su hijo, cualquiera que sea el heredero á quien atribuya la suya. Su derecho para hacer la sustitucion pupilar no lo ha adquirido porque hubiese instituido á su hijo, sino únicamente por la patria potestad que sobre él tiene. Puede, pues, sustituirlo pupilarmente áun cuando lo haya desheredado. Bien entendido que si esto lo ha hecho sin motivo legítimo, su testamento será anulado como inoficioso, y que si lo ha preterido ó guardado silencio acerca de él, su testamento será nulo, y con él la sustitucion pupilar, que sólo es una parte accesoria del mismo.

Los nietos y demas descendientes pueden tambien ser objeto de una sustitucion pupilar por parte de su abuelo, cuando se hallan bajo su potestad, sin persona intermedia.

Eadem etiam de postumis. Lo que debe entenderse de los póstumos, que, suponiéndolos nacidos al fallecimiento del testador, hubiesen estado inmediatamente bajo su potestad, y se hubiesen hecho *sui juris* por este fallecimiento. Puede observarse que son

(1) Tal es el ejemplo citado en el Dig. 28. 6. 2. pr. *in fin* f. Ulp.

los mismos á quienes el testador puede nombrar un tutor por testamento.

Es preciso decir lo mismo de los cuasi-póstumos. Así el abuelo no puede dar pura y simplemente un sustituto pupilar á los nietos que no tiene bajo su inmediata potestad ; pero puede dárselo eventualmente para el caso de la ley JUNIA VELEYA, es decir, para el caso en que muriendo su padre ántes del abuelo testador, llegasen á estar sin persona intermedia, bajo la potestad de este último. Bien entendido que es preciso, tanto respecto de los póstumos, cuanto respecto de los cuasi-póstumos, que hayan sido instituidos ó desheredados en el testamento, sin lo cual, roto éste por su agnacion ó cuasi-agnacion, seguiria la misma suerte la sustitucion pupilar (1).

Respecto de los hijos adrogados, es preciso recordar primero que no puede tratarse sino de hijos adrogados en el estado de impúberos, bajo las condiciones determinadas para estas especies de adrogacion, pues se trata de instituciones pupilares. Esto supuesto, es menester hacer una distincion, segun que se trata de una sustitucion pupilar hecha por el jefe de familia que el adrogado tenía ántes de hacerse *sui juris*, y de ser dado en adrogacion, ó de una sustitucion pupilar hecha por el padre adrogante. En cuanto á la sustitucion pupilar hecha por el antiguo jefe de familia, se hallaba rota por la adrogacion ; pero sabemos que el adrogante debia dar caucion á las personas interesadas, asegurándoles la devolucion de los bienes del impúbero adrogado, si llegaba éste á morir ántes de la pubertad : el que habia sido sustituido pupilarmente por el primitivo jefe de familia, recibia esta caucion del padre adrogante, y se aprovechaba de ella si llegaba el caso; pues si el adrogado moria impúbero, su muerte daba á un mismo tiempo al adrogante la obligacion de devolver, y al primitivo sustituto el derecho de reclamar. En cuanto á la sustitucion pupilar que hubiese sido hecha por el padre adrogante, no puede por la misma razon recaer sobre los bienes personales del adrogado, pues si muere impúbero, sus bienes deben volver á aquellos que los habrian habido si no hubiese tenido lugar la adrogacion; abraza pues únicamente los bienes dados al pupilo por el adrogante ó por consideracion á éste; y áun dudaban algunos jurisconsultos si no era

(1) D. 28. 6. 2. pr. f. Ulp.

preciso exceptuar la cuarta Antonina en el caso en que tuviese lugar, porque la adquiria el adrogado, no por la voluntad del adrogante, sino en virtud de la constitucion de Antonino (1).

Respecto de los hijos emancipados, no se podia sustituirlos pupilarmente, pues habian salido de la patria potestad; ni tampoco á los hijos naturales, porque nunca habian estado (2).

V. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, *nisi et sibi faciat;* nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti : adeo ut si patris testamentum non valeat, *nec filii quidem valebit.*

5. Mas no se puede hacer el testamento de sus hijos, *sin hacer tambien el suyo;* porque el testamento pupilar es una parte y continuacion del testamento paterno: de tal modo, que siendo nulo el testamento del padre, *el del hijo lo es igualmente.*

Nisi et sibi faciat. Si el jefe de familia tiene por su sola patria potestad el derecho de testar por su hijo, no puede, sin embargo, ejercer este derecho sino en cuanto lo ejerza por sí mismo. La institucion de heredero que hace por su hijo es una disposicion secundaria de su propio testamento : véase por qué es una sustitucion. — No se necesitan otras formalidades que las establecidas para un solo testamento , bastando siete testigos y siete sellos (3). — Pero nada impide tampoco que se haga la sustitucion pupilar en un acta posterior con todas las formas testamentarias (4) ; ni que se haga con distintas solemnidades ; como, por ejemplo, el testamento del padre por escrito, y la sustitucion pupilar por nuncupacion verbal, ó al contrario (5). Si el testamento del padre y la sustitucion pupilar se hacen en actos separados por diferentes intervalos, el testamento del padre debe preceder á la sustitucion; pero cuando se hacen en un solo y único acto, la inversion de la frase no viciará la sustitucion, como, por ejemplo, si se hubiese dicho primero : « *Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto*», y más abajo : «*Filius heres esto*» (6).

Nec filii quidem valebat. Si, por ejemplo, el padre sólo ha instituido heredero en su testamento á una persona incapaz, aunque sea capaz el que ha sustituido pupilarmente á su hijo, la disposicion

(1) D. 28. 6. 10. § 6. f. Ulp.
(2) D. 28. 6. 2. pr.
(3) Dig. 28. 6. 20 pr. f. Ulp.
(4) Ib. 16. § 1. f. Pomp.
(5) Ib. 20. § 1.—37. 11. 8. § 4. f. Jul.
(6) D. 28. 6. 2. §§ 4 y 5. f. Ulp.

pupilar será nula, porque lo es la institucion. Del mismo modo, si nadie hace adicion de la herencia, en virtud del testamento paterno caducará el testamento pupilar; así el sustituto no podia aceptar la sucesion del hijo y rehusar la del padre (1). En una palabra, si el padre por una causa cualquiera muere intestado, el hijo experimentará la misma desgracia.

Por el menor efecto, conservando el testamento del padre, ya rigurosamente por el derecho civil, ya equitativamente, ya por el derecho pretoriano, basta para hacer mantener la validez de la sustitucion pupilar. Por ejemplo, si el testamento ha sido rescindido sólo en una parte (2); si ha caducado por la posesion de los bienes pretorianos dada contra las tablas del testamento, en el fondo y segun el derecho escrito siempre se le considera válido (3); si el heredero instituido por el padre es un heredero forzoso que se ha abstenido segun el derecho estricto, se le considera siempre heredero (4). En consecuencia de esto se mantiene la sustitucion pupilar.

La nulidad del testamento del padre llevaba consigo la de sustitucion pupilar. Pero lo contrario no era cierto, porque lo principal no sigue la suerte de lo accesorio. Así una causa particular podia viciar radicalmente la sustitucion, y no por eso dejaba de ser válido el testamento paterno.

VI. Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest: singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluerit; novissimo si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

6. Se puede sustituir á cada uno de sus hijos ó á aquel de ellos que sea el último que muera impúbero: á cada uno si se quiere que ninguno muera intestado; al último que muera, si se quiere mantener integramente entre ellos el derecho á las sucesiones legítimas.

El texto explica suficientemente el objeto y los efectos de la sustitucion hecha *ei qui supremus* ó *qui novissimus impubes morietur*. En este caso, el sustituido halla en la sucesion del último que muera impúbero la sucesion de todos los demas que han muerto *ab intestato*. Pero se necesita que el último muera impúbero; si

(1) D. 28. 6. 2. § 1. f. Ulp.
(2) D. 5. 2. 8. § 5. f. Ulp.
(3) D. 28. 6. 34. § 2 y 35. f. Ulp.
(4) Ib. 2. § 3.—Puede añadirse aún á estos ejemplos el de la ley 38. § 3.: Si el instituido por el padre sólo ha hecho adicion por fuerza, por órden del pretor, para conservar el derecho del fideicomisario y restituirle la herencia. (V. tít. 23. § 6.)

hubiese llegado al estado de pubertad, no tendria lugar la sustitucion. — Con este motivo pregunta Africano: ¿qué se decidiria si todos muriesen al mismo tiempo é impúberos? El sustituto sería heredero de cada uno, responde: *quia supremus non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intelligatur* (1).

VII. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti TITIUS HERES ESTO; aut generaliter, ut QUISQUIS MIHI HERES ERIT. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere filio mortuo, qui et scripti sunt heredes et extiterunt, pro qua parte et heredes facti sunt.

7. Se sustituye á un impúbero, ó nominalmente, como, por ejemplo: que TICIO SEA HEREDERO; ó generalmente, como, por ejemplo: CUALQUIERA QUE SEA MI HEREDERO. Por estas palabras se encuentran llamados á la sustitucion á la muerte del hijo impúbero los que han sido inscritos herederos, y que lo han llegado á ser en la misma proporcion que lo han sido.

Examinarémos bajo este párrafo cuáles son aquellos que el testador puede sustituir pupilarmente, y dar así por herederos al impúbero.

Todos los que puede darse á sí mismo por herederos. Así, áun en la época en que los póstumos extraños no podian ser instituidos herederos, el póstumo suyo del padre podia ser sustituido pupilarmente al impúbero, bien que respecto de éste sólo fuese un póstumo extraño. Hay más: los que fuesen herederos necesarios del padre (por ejemplo, su hijo ó su esclavo) lo son tambien del hijo impúbero por quien se hace la sustitucion. «*Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio*», dice Ulpiano (2). La razon de todo esto es que aunque haya dos herencias y dos instituciones, se ve identidad de testamento; la sustitucion pupilar es sólo una disposicion del testamento paterno (3). Por lo demas, no está obligado á sustituir pupilarmente al impúbero aquellos á quienes ha instituido herederos de sí mismo: es libre de buscar al sustituido en cualquiera otra parte.

Pero puede tambien escogerlo entre sus herederos, ya designando nominalmente á uno ó algunos de ellos, ya llamándolos á todos en general.

Quisquis mihi heres erit. Lo que está sujeto á dos condiciones,

(1) D. 28. 6. 34. pr.

(2) D. 28. 6. 10. § 1. f. Ulp.

(3) «*Constat enim unum esse testamentum, licet duæ sint hereditates, usque adeo ut quos sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat, et postumum suum filio impuberi possit quis substituere.*» (Ib. 2. § 4. *in fin.*)

á saber: haber sido inscripto heredero del padre, y haberlo sido; doble condicion, que el texto expresa por estas palabras: *qui et scripti sunt heredes et extiterunt.* Así, en primer lugar, los que no hayan sido herederos del padre, ya por repudiacion, ya por cualquiera otra causa, no podrán presentarse á la herencia del pupilo que hubiese fallecido impúbero, pues sólo eran llamados en cuanto eran herederos del padre (1). En segundo lugar, estas expresiones *quisquis mihi heres erit* deben entenderse en el sentido de que se aplican á la persona misma de los que han sido inscriptos herederos, y que lo han llegado á ser, ya para sí, ya para otro, y no á todos aquellos que hayan adquirido la herencia: «*Hunc habent sensum, ut non omnis qui patri heredes extitit, sed is qui ex testamento heres extitit, substitutus videatur.*» — «*Placuit scriptos tantummodo admitti.*» Por ejemplo, si un esclavo ha sido instituido heredero del padre, y ha adquirido esta herencia para su señor, pero que ha sido hecho libre en el momento en que la sustitucion pupilar ha principiado, esta sustitucion no será deferida al señor para quien la primera herencia sólo ha sido adquirida materialmente por medio del esclavo instituido, sino á este esclavo hecho ya libre, que se hallaba inscripto personalmente. En resúmen, la sustitucion, lo mismo que la institucion, se considera que radica sobre el esclavo y que lo sigue en sus diversas condiciones (2).

VIII. Masculo igitur *usque ad quatuordecim* annos sustitui potest; feminæ, *usque ad duodecim* annos: et si hoc tempus excesserint, *substitutio evanescit.*

8. Se puede sustituir á los hijos varones *hasta los catorce años*, á las hembras *hasta los doce;* despues de esta edad la situacion se desvanece.

Usque ad quatuordecim; usque ad duodecim. No puede el padre prolongar este plazo; la prolongacion que hiciese se consideraria como no hecha, porque en este tiempo, llegando á la pubertad el hijo á quien sustituye, tendrá el derecho de hacer por sí mismo su testamento; pero podria limitarlo á un plazo más breve, como, por ejemplo: *Si filius meus intra decimum annum decesserit* (3).

Substitutio evanescit. En efecto, la condicion bajo la cual se ha hecho, falta entónces.

Fuera de esta causa, que hace desvanecer la sustitucion popular,

(1) D. 28. 6. 34. § 1. f. Afric.
(2) D. 28. 6. 3. f. Modest. — 8. § 1. f. Ulp.
(3) D. 28. 6. 14. f. Pomp.—21. f. Ulp.

existen otras que le son propias, á saber, si el hijo á quien se habia hecho la sustitucion muere ántes que el testador (1); si sale de su potestad (2); si despues de su muerte ha sido adrogado: hemos visto, sin embargo, cómo en este caso debe aprovecharse el sustituto en parte de la sustitucion, por medio de la caucion que le ha sido dada por el adrogante; si el sustituto descuida solicitar en el término de un año un tutor para el impúbero (3): y en fin, á estas causas especiales que invalidan la sustitucion pupilar es preciso añadir tambien todas las que se aplican á las instituciones en general.

Pero cumplida la condicion, y no habiendo ninguna causa que desvanezca la institucion pupilar, produce ésta su efecto, y el sustituto se hace heredero del hijo que ha fallecido impúbero, y excluye la herencia *ab intestato*. Sucede en todos los bienes del impúbero, sin distincion de los que proceden ó no proceden de la herencia paterna (4); porque el jefe de la familia, haciendo la sustitucion pupilar no la ha hecho como testando de sus propios bienes, sino como testando de los bienes futuros del pupilo, y áun el testador no habria tenido derecho para excluir de la sustitucion á tales cuales bienes, porque esto equivaldria á hacer que muriese el pupilo, parte testado y parte intestado; lo que no sería posible. Si el sustituto que sucede al pupilo ha sucedido tambien al padre, está obligado á satisfacer las obligaciones y deudas de las dos herencias; si no, no le corresponden las obligaciones de la herencia paterna, á ménos que no esté obligado á ello como sucesor del hijo, en el caso en que éste hubiese sido heredero de su padre.

IX. *Extraneo vero, vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres. Sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel*

9. Respecto *de un extraño ó de un hijo púbero*, ninguno puede, al instituirlos, sustituirlos de tal modo que si despues de haber heredado mueren dentro de cierto término, otro sea su heredero. Sólo es permitido al testador obligarlos por fideicomiso á restituir á otro *su herencia*

(1) Ya que muera realmente, ya que habiendo sido hecho prisionero por el enemigo y muriendo en poder de éste, se considere, segun la ley Cornelia, muerto el dia de su cautividad. (Ib. 28. f. Jul.)

(2) Ib. 4. § 2.—41. § 2.

(3) Cod. 6. 58. 10.

(4) D. 28. 6. 10. § 5. f. Ulp.—Salvo siempre lo que hemos dicho ántes para el caso de la adrogacion.

totam vel pro parte restituere : quod jus quale sit, suo loco trademus.

en todo ó en parte : derecho que expondrémos en otro lugar.

Extraneo vero, vel filio puberi. En cuanto á los extraños, no tiene el testador ningun poder sobre ellos; por lo que respecta al hijo púbero, podrá éste hacer su testamento: por consiguiente, el testador no tiene ningun derecho para hacerlo por ellos; si lo hubiese hecho, áun instituyéndolos herederos, este acto sería completamente nulo, y no valdria ni áun como fideicomiso (1).

Hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere. Pero observemos bien la diferencia: aquí el testador dispone de su propia sucesion. En virtud de su derecho de propiedad sobre sus propios bienes, los da á uno con la obligacion de que los traslade á poder de otro; pero su disposicion en nada concierne á los bienes que no le pertenecen y que forman la herencia de otro. No da un heredero á otro; se da á sí mismo un fideicomisario.

Sustituciones hechas por los soldados.

No todas las reglas que acabamos de exponer son aplicables á los soldados. El privilegio militar les daba derecho para hacer el testamento de su hijo sin hacer el suyo (2); el testamento pupilar era válido áun en el caso en que nadie hiciese adicion de la herencia del padre (3); nada les impedia que limitasen el efecto de la sustitucion á los bienes que hubiesen trasmitido (4); podian, pero únicamente en los bienes que procedian de su herencia, sustituir á los hijos que tuviesen bajo su potestad, áun despues de la edad de la pubertad (5); á su hijo emancipado (6), y áun á los extraños (7).

Sustitucion con autorizacion del príncipe.

Podia el príncipe dar por rescripto á un jefe de familia la autorizacion suficiente para hacer el testamento de su hijo púbero,

(1) D. 28. 6. 7. f. Pap.
(2) D. 28. 6. 2. § 1. Ulp.
(3) D. 29. 1. 41. § 5. f. Trif.
(4) D. 28. 5. 10. § 5. f. Ulp.
(5) Ib. 15. f. Pap.
(6) D. 29. 1. 41. § 4.
(7) Ib. 5. f. Ulp.—Cod. 6. 21. 6.

pero que no se hallase en estado de testar, ya porque fuese sordomudo, ya por cualquiera otra causa que le impidiese el ejercicio del derecho, y no el derecho en sí mismo (1). Esta autorizacion individual la transformó Justiniano, para el caso de demencia, en un derecho general, del que ha formado una especie particular de substitucion, fijándole reglas especiales, segun hemos expuesto.

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Testamentum jure factum usque adeo, valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

TÍTULO XVII.

DE QUÉ MODO SE INVALIDAN LOS TESTAMENTOS.

Un testamento hecho legalmente es válido hasta que se rompe ó se hace inútil.

El testamento en que no se han observado todas las formas y las condiciones esenciales á su validez, segun lo que acabamos de exponer, es nulo desde su orígen, desde el principio. Pero puede tambien suceder que un testamento en cuya formacion no se ha omitido ninguna formalidad, no produzca, sin embargo, ningun efecto. Esto tiene lugar cuando se rompe (*ruptum*), cuando se hace inútil (*irritum*), ó cuando se abandona (*destitum*).

Los jurisconsultos han dado á estas palabras un sentido diferente, y han querido distinguir, por medio de expresiones diversas, diversas causas de nulidad para los testamentos. Así, pues, se ha llamado *injustum*, *non jure factum*, *inutile*, y algunas *imperfectum*, el que no ha sido hecho con arreglo á las leyes del derecho; *nullius momenti*, aquel en que habia sido omitido el hijo bajo patria potestad; *ruptum*, el que ha sido roto, revocado por la agnacion de un heredero suyo, ó por un testamento posterior; *irritum*, el que se ha hecho inútil por efecto del cambio de estado del testador; y *destitutum*, aquel en cuya virtud nadie hace adicion (2). En este último caso el testamento se llama algunas veces *irritum*.

I. Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente tes-

1. El testamento se rompe cuando permaneciendo el testador en el mis-

---

(1) D. 28. 6. 43. f. Paul.

(2) D. 28. 3. 1. f. Pap.—V. en adelante, § 5.

tatore ipsius testamenti jus vitiatur.—Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium, per imperatorem, eum qui sui juris est, aut per prætorem secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur, quasi agnatione sui heredis.

mo estado, recae el vicio sobre el mismo testamento. Por ejemplo, si alguno, despues de haber hecho su testamento, adopta por hijo en virtud de rescripto del príncipe á una persona *sui juris*, ó ante el pretor, segun nuestra constitucion, á un hijo sometido á la patria potestad, el testamento se rompe por la cuasi-agnacion de un heredero suyo.

Se rompe el testamento (*ruptum*) por dos causas : 1.°, la agnacion de un heredero suyo, que no ha sido ni instituido ni legalmente desheredado ; 2.°, la formacion de un testamento posterior. Del primer caso trata este párrafo.

Hay agnacion de un heredero suyo siempre que una persona cae en la potestad del testador sin intermediario. Así, el testamento se rompe : 1.° Si despues de su formacion le nace al testador un hijo ó una hija. 2.° Si por efecto de la muerte ó de la emancipacion de su padre, el nieto se halla sin intermediario bajo la potestad del testador. 3.° Si por adopcion ó por adrogacion, una persona entra como hijo ó como nieto sin padre designado en la familia del testador. 4.° En el derecho antiguo, si la mujer pasando bajo la mano, en el dominio romano, del marido (*in manu*), entraba tambien en su familia en el grado de hija (1). 5.° Lo mismo se verificaba cuando el hijo manumitido, despues de una primera ó de una segunda mancipacion, volvia de nuevo á la potestad paternal (2). 6.° Y tambien cuando un hijo nacido del matrimonio contraido con una extranjera ó con una latina (*peregrina vel latina*), que se habia casado como ciudadana romana, usando del beneficio concedido por el senado-consulto, probaba que el matrimonio habia sido hecho de buena fe (3).

Hemos ya expuesto en el título de la desheredacion, el medio de evitar la rotura del testamento por la agnacion de un póstumo ó de un cuasi-póstumo, instituyéndolos ó desheredándolos. Pero en los otros casos de agnacion que acabamos de enumerar, el testamento se rompia siempre, *omni modo*, dice Gayo, ora los herederos suyos nuevamente llegados hubiesen sido instituidos en él, ora hubiesen sido desheredados en él de antemano. En cuanto á la

(1) Gay. 2. 139.
(2) Ib. 2. 141.
(3) Ib. 142.

desheredacion, no habia ninguna duda; era nula como hecha contra personas que, en el momento de la formacion del testamento, no estaban en el número de los herederos suyos, y á quienes, por lo tanto, no se habia podido quitar un derecho que todavía no tenian (1). Pero respecto de la institucion, algunos jurisconsultos admitian que si el nuevo heredero suyo entrado en la familia habia sido instituido de antemano, el testamento no se habia roto. Esta opinion, que es la de Scevola y Papiniano (2), prevaleció despues de Justiniano, que suprimió el *omni modo* de Gayo.

El rigor de este principio ha sufrido ademas una modificacion en el último caso de ruptura que hemos mencionado, el del casamiento contraido de buena fe con una extranjera ó con una latina. En el derecho primitivo, cuando el hijo probaba la buena fe, ya fuese esto ántes ó despues de la muerte del testador, se rompia el testamento, á pesar de todas las instituciones y desheredaciones posibles. Sobre la proposicion de Adriano, decidió un nuevo senado-consulto que si la prueba se hacía ántes de la muerte del padre, el testamento se romperia en todos los casos; que si, por el contrario, no se hacía la prueba sino despues de su muerte, el testamento sólo se romperia cuando el hijo hubiese sido omitido; si, por el contrario, habia sido sustituido ó desheredado, el testamento sería válido; porque, dice Gayo, sería una cosa inícua el anular un testamento para cuya validez se han tomado todas las precauciones, en circunstancias en que es imposible hacer uno nuevo (*ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderetur eo tempore quo renovari non possent*) (3).

II. Posteriore quoque testamento *quod jure perfectum est*, superius rumpitur. Nec interest an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret, decesserit; *aut conditione sub qua heres institutus est, defectus sit*: in his

2. El testamento se rompe tambien por un testamento posterior, *válidamente hecho*. Y poco importa que en virtud de este último haya habido ó no un heredero, pues sólo se atiende á si habria podido haber uno. Si el instituido ha repudiado la herencia, ó si ha muerto, ya viviendo el testador, ya despues de su muerte, pero ántes de hacer la adicion, ó si ha dejado de serlo *por el no cumplimiento de la condicion bajo de la que habia sido instituido*, en

(1) Gay. 2. 140 y 141.
(2) Dig. 28. 2. 23.—28. 3. 18.
(3) Gay. 2. 143.

casibus pater familias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit.

todos estos casos el jefe de familia muere intestado; porque el primer testamento es nulo, habiendo sido roto por el segundo, y éste queda sin efecto, puesto que no da ningun heredero.

Quod jure perfectum est. Es evidente que estas palabras quieren decir de la manera requerida para cada especie de testamento; así el testamento militar, aunque dispensado de todas las formalidades, es regular y puede romper un testamento anterior (1). Ulpiano nos señala un caso en que un testamento, aunque no regular, basta para romper un testamento anterior: este caso es cuando el heredero inscripto en este testamento podria llegar á la sucesion *ab intestato* (2). Teodosio, en una constitucion inserta en el Código, repite esta misma doctrina, diciendo que el segundo escrito valdrá, no como testamento, sino como voluntad última del intestado: «*Secundam ejus voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus.*» En este caso bastarán testigos jurados: «*In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt*» (3).

Aut conditione sub qua heres institutus est, defectus sit. «Importa mucho distinguir, dice Pomponio, la especie de condicion que ha sido impuesta; si se refiere al tiempo pasado, al presente ó al futuro. La que se refiere al tiempo pasado se expresa de este modo: Si Ticio ha sido cónsul. Si este hecho es cierto, es decir, si Ticio ha sido realmente cónsul, la institucion hecha de esta manera basta para romper el testamento anterior, porque puede haber un heredero: si por el contrario, Ticio no ha sido cónsul, no se romperá el primer testamento. Si la condicion se refiere al tiempo presente, como por ejemplo: si Ticio es cónsul, tendrémos la misma solucion; si el hecho es cierto, puede haber un heredero y se rompe el testamento; si es falso, no puede haber heredero, y el primer testamento subsiste.» El motivo es que no hay aquí verdadera condicion. Hay ignorancia del suceso, pero no incertidumbre de que suceda ó no. Respecto de las verdaderas condiciones, que se refieren á un hecho futuro é incierto, pero posible, son suficientes para romper el testamento, áun cuando no se realice el suce-

(1) D. 28. 3. 2. f. Ulp.
(2) Ib.
(3) C. 6. 23. 21. § 3.

so : en cuanto á las condiciones imponibles se reputan como no escritas (1).

III. Sed si quis priore testamento jure perfecto, posterius æque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum illud quoque præterea in ea constitutione expressum est : «Imperatores Severus et Antoninus Augusti, Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta *ex lege Falcidia,* hereditatem restituat his qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus, ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.» Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

3. Si alguno, despues de un primer testamento válido, hace otro igualmente válido, áun cuando sólo hubiese instituido heredero para ciertas cosas determinadas, el primer testamento, segun un rescripto de los divinos Severo y Antonino, será revocado. Hemos hecho insertar aquí las palabras de dicha constitucion, porque expresan alguna cosa ademas. «Los emperadores Severo y Antonino, Augustos, á Cocceyo Campano. No hay duda alguna en que un testamento posterior, aunque sólo haya instituido un heredero para objetos determinados, debe valer como si estos objetos no hubiesen sido mencionados. Pero el heredero instituido debe estar obligado á contentarse con los objetos que le han sido dados, ó con la *cuarta Falcidia*, y pasar la herencia á los que habian sido instituidos en el primer testamento, á causa de la disposicion por la cual el testador ha expresado en el segundo testamento que el primero sería válido.» Así áun de esta manera el testamento se rompe.

Ex lege Falcidia. No precisamente en virtud de la ley Falcidia podia el heredero fiduciario retener la cuarta parte de la herencia, sino en virtud del senado-consulto Pegasiano, como verémos en adelante (tít. 23, § 5). La ley Falcidia se aplicaba á los legados, y el senado-consulto á los fideicomisos ; habia sido éste introducido á imitacion de la ley Falcidia.

Aunque roto, un testamento no está siempre desnudo de todo efecto ; puede, en ciertos casos, si está provisto de los sellos de siete testigos, servir para obtener del pretor la posesion de los bienes *secundum tabulas* (2).

En efecto, para conceder esta posesion de los bienes, sólo dos épocas considera el pretor : el momento de la formacion del testamento, y el de la muerte del testador. Si, pues, en este intervalo

(1) D. 28. 3. 16.
(2) Gay. 2. 147.

ha nacido un hijo póstumo omitido por el testador, basta sólo este hecho para que se rompa el testamento *jure civili;* pero á los ojos del pretor no se romperá sino en el caso de que el póstumo omitido sobreviviese al testador. Si muere ántes que éste, el testamento, aunque roto segun el derecho estricto, podrá servir para obtener la posesion de los bienes (1); lo mismo sucederá en el caso de que el testador, dejando subsistente el acto de su primer testamento, haya destruido el segundo (2).

IV. Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur: veluti, cum is qui fecit testamentum, capite deminutus sit. Quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.

4. Hay otra causa por la cual los testamentos hechos válidamente se invalidan, cual es la disminucion de cabeza del testador. En el libro primero hemos expuesto cómo se verifican estas disminuciones de cabeza.

Se trata aquí del caso en que el testamento, aunque regular y válido en sí mismo, se hacía inútil (*irritum*), porque el testador mudaba de persona, de estado y de capacidad. Hemos explicado ántes por qué todas las disminuciones de cabeza, segun el derecho civil, producian este efecto, y hemos expuesto acerca de esto los privilegios que proceden del estado militar.

V. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin et quæ rumpuntur irrita fiant; et quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt; et ea quæ jure facta sunt, et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure facta dicuntur; quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

5. En este caso se dice que los testamentos se han hecho inútiles. Es verdad que los testamentos rotos se han hecho igualmente inútiles; que los que desde el principio han sido hechos irregularmente, son tambien inútiles; y que por el contrario, respecto de los testamentos que hechos regularmente se han hecho inútiles por la disminucion de cabeza, se podría decir exactamente que están rotos. Sin embargo, como es más cómodo distinguir las diferentes causas que vician los testamentos por diferentes términos, los unos se dicen irregularmente hechos, y los otros, regulares en su principio, se dicen *rotos* ó *inútiles*.

VI. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure acta per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem

6. Sin embargo, los testamentos que hechos regularmente se han hecho inútiles por la disminucion de cabeza, no carecen absolutamente de

(1) D. 28. 3. 12. pr. f. Ulp.
(2) D. 37. 11. 11. § 2.

testium signis signata sunt, *potest scriptus heres* SECUNDUM TABULAS *bonorum possessionem agnoscere*, si modo defunctus et civis romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam, si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem vel etiam libertatem testator amiserit, aut quia in adoptionem se dederit et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres SECUNDUM TABULAS bonorum possessionem petere.

efecto. Si han sido marcados con los sellos de siete testigos, *el heredero instituido podrá obtener la posesion de los bienes* SECUNDUM TABULAS, con tal sólo que el difunto haya sido ciudadano romano y *sui juris* en el momento de su muerte; porque si el testamento se hubiese hecho inútil, porque hubiese perdido el testador la cualidad de ciudadano, ó áun la libertad, ó bien por haberse dado en adrogacion, y en el momento de su muerte se hallase todavía bajo la potestad de su padre adoptivo, el heredero instituido no podria pedir la posesion de los bienes SECUNDUM TABULAS.

Potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere. Es un temperamento introducido por el derecho pretoriano para el caso en que el testamento se hiciese rigurosamente *irritum*, lo mismo que aquel en que ha sido rigurosamente roto, segun lo que acabamos de decir poco ántes, § 3. Así, cuando el testador, despues de haber experimentado una disminucion de cabeza con posterioridad á la formacion del testamento, hubiese vuelto ántes de su muerte á su primer estado; por ejemplo, cuando habiendo sido reducido á esclavitud, deportado, adoptado ó adrogado, hubiese ántes de su muerte recobrado sus derechos por la manumision, por gracia del príncipe ó adopcion, su testamento, que por derecho estricto se hace *irritum*, no se rehabilitará; pero segun el derecho pretoriano, podrá servir para obtener la posesion de los bienes. Tal es el temperamento introducido por el pretor en los principios rigurosos que hemos expuesto acerca del tiempo en que la capacidad de testar debe existir en la persona del testador.

En el caso de adrogacion no bastaba que el testador adrogado fuese con posterioridad emancipado; era preciso ademas, para obtener la posesion de los bienes, producir una declaracion del difunto, indicando que su intencion era hacer revivir su testamento, porque habiendo sido por su parte la adrogacion un acto enteramente voluntario, que habia llevado consigo la enajenacion de todos sus bienes, se veia en la misma, en cuanto á la disposicion testamentaria de estos mismos bienes, la indicacion de un cambio de voluntad, que hacía necesaria, despues de la emancipacion, la prueba de haber vuelto á su primitiva voluntad. Por no poder su-

ministrar esta prueba, el instituido que solicitaba la posesion de bienes era rechazado por la excepcion de dolo (*doli mali*) (1). — Pero Justiniano no reprodujo en las Instituciones esta regla especial, quizá porque conservando el adrogado, segun la legislacion de este príncipe, la mera propiedad de los bienes, la adrogacion no indicaba ya por su parte, en cuanto á la disposicion testamentaria de dichos bienes, un cambio de voluntad suficiente para necesitar la prueba contraria.

Bajo la expresion *irritum*, inútil, comprendian tambien á veces los jurisconsultos al testamento que no producia heredero, *non adita hereditate* (2), es decir, no habiendo hecho adicion el instituido, ya por efecto de su sola voluntad, ya por incapacidad, ó bien habiendo obtenido una restitucion *in integrum* contra la adicion que habia hecho primero. Pero este testamento se llamaba más especialmente *destitutum* ó *desertum*, abandonado ó desierto.

VII. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, *quod postea testator id noluit valere:* usque adeo, ut, siquis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, et aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

7. *La sola voluntad del testador no basta* para invalidar un testamento, de tal modo que si alguno, despues de haber hecho un primer testamento, ha principiado otro segundo que no ha llegado á acabar, ya porque la muerte lo ha sorprendido, ya por haber abandonado este proyecto, se ha decidido en una exposicion de ley del divino Pertinaz que el primer testamento hecho regularmente no se hiciese inútil, á ménos que el segundo no sea igualmente regular y perfecto, porque un testamento no acabado es sin disputa nulo.

Quod postea testator id noluit valere. Pero tampoco es absolutamente indispensable que el testador haga el testamento para revocar el que ya ha hecho. La revocacion se verificará suficientemente por la alteracion ó destruccion del acto mismo, porque dicha destruccion se hace voluntariamente con intencion de morir intestado (3).

Teodosio áun habia declarado que despues de diez años de fecha no fuesen ya válidos los testamentos (4); pero modificando Justi-

(1) D. 37. 11. 11. § 2.
(2) D. 28. 3. 1.
(3) D. 28. 4. 1. f. Ulp. 4. f. Pap.
(4) Cod. Teod. 4. 4. 6.

niano esta disposicion, quiso que ademas del lapso de tiempo, se añadiese á esta primera circunstancia la prueba de un cambio de voluntad, expresado en un acto auténtico ó ante tres testigos (1).

VIII. Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus qui litis causa principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum; neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc, divi quoque Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt. «Licet enim, inquiunt, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.»

8. En la misma exposicion de ley declara el Emperador que no admitirá la herencia del que por causa de un litigio (2) dejase al príncipe por heredero; que no dará validez á un testamento irregular en que se le hubiese instituido, á fin de cubrir los vicios de aquél; que no admitirá el título de heredero en virtud de simples palabras, y que no tomará nada en virtud de un escrito que carezca de la autoridad del derecho. En este mismo sentido publicaron rescriptos con mucha frecuencia los divinos Severo y Antonino. «En efecto, dicen, aunque seamos libres de las leyes, sin embargo vivimos bajo el imperio de las leyes.»

TITULUS XVIII.

DE INOFICIOSO TESTAMENTO.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

Segun el derecho civil, y áun segun el derecho introducido por el uso y por la interpretacion, relativamente á la desheredacion, bastaba al jefe de familia declarar que desheredaba á su hijo, y á la madre y ascendientes maternos guardar silencio acerca de sus hijos ó descendientes, para que no tuviesen éstos ningun derecho á su herencia. El uso y la interpretacion de los prudentes templaron este rigor (3).

Quia plerumque parentes *sine causa* liberos suos *exheredant vel omittunt*, inductum est ut de inofficioso agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos, aut inique præterios hoc coloro, quasi non sanæ mentis fuerint, cùm testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non qua-

Como hay ascendientes *que desheredan ó que omiten* á sus hijos, y esto las más veces sin motivo, se ha introducido la accion del testamento inoficioso en favor de aquellos que se quejan de haber sido injustamente desheredados ú omitidos, suponiendo que el testador, al hacer su testamento, no se hallaba con su espíritu sano. Por esto no se entiende

(1) Cod. 6. 23. 27.
(2) A fin de dar á su adversario el Emperador por contrario.
(3) V. lo que he dicho en la *Hist. del Der.*, p. 227.

si vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

que estuviese realmente loco, sino que su testamento, aunque hecho regularmente, es contrario á los deberes de la piedad entre parientes, porque si en él hubiese verdadera locura el testamento sería nulo.

Se llama testamento inoficioso el que es contrario á los deberes de piedad entre parientes (*in officium*); tal es la definicion que de él nos da Paulo en sus sentencias : « *Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum* » (1); es decir, aquel en que el testador ha desheredado ú omitido sin motivo legítimo á hijos ó parientes que la piedad y el afecto natural ordenaban llamar á su herencia. El uso introdujo el derecho de impugnar semejantes testamentos y de hacer que se declarase su nulidad. El orígen de este derecho no se determina de una manera precisa, pero asciende á los tiempos de la república, hácia los siglos V ó VI de Roma; de él se hace mencion en una de las arengas de Ciceron contra Verres (2). Ante los centumviros se presentaba la accion contra el testamento inoficioso, lo mismo que todas las demas acciones en solicitud de herencia (3). Estos magistrados, si hallaban el testamento contrario á la piedad de familia (*inofficiosum*), declaraban su nulidad; la herencia testamentaria, con todas las disposiciones contenidas en el testamento, caia por tierra, y se daba lugar á la herencia *ab intestato* en beneficio de los que eran llamados por la ley (4).

Sine causa. Mas si el testador hubiese tenido justos motivos para desheredar ú omitir al que se quejaba, el testamento no sería inoficioso ni se declararia la nulidad. Los motivos no se hallan fijados legislativamente, y quedaban en cada causa á la apreciacion del juez : el testador no tenía ninguna obligacion de expresarlos en su testamento. Tal era todavía el derecho segun las Institutas. Una novela posterior de Justiniano determinó las justas causas de desheredacion ú omision, y exigió que se expresasen en el testamento (5).

(1) Paul. Sent. 3. 5. 1.

(2) CICER. *in Verr.* 1. 42.—*De oratore*, 1. 38. 57.

(3) Véase lo que se ha dicho de los centumviros, *Hist. del Der.*, p. 139.

(4) D. 5. 2. 6. § 1; 8. § 16 f. Ulp.

(5) Estas causas, respecto de los hijos, son catorce : 1.°, si el hijo ha injuriado á su padre gravemente; 2.°, si le ha dado de golpes; 3.°, si ha atentado contra sus dias; 4.°, si por su delacion le ha hecho experimentar algun perjuicio; 5.°, si vive en compañías de malhechores; 6.°, si ha querido impedir á su padre que haga testamento; 7.°, si lo ha abandonado en la locura; 8.°, si no lo ha res-

Exheredant. Esto se refiere al jefe de familia respecto de los hijos que se hallan bajo su potestad y á quienes ha desheredado; porque si los hubiese simplemente omitido, se invalidaria el testamento conforme á las reglas que hemos expuesto acerca de la desheredacion; y por consiguiente, no habria necesidad ni derecho para atacarlo como inoficioso.

Vel omittunt. Esto se refiere á la madre y á los ascendientes maternos ú otros, con relacion á los hijos y descendientes que no se hallan bajo su potestad, porque basta su silencio, segun el derecho rigoroso, para alejar de su herencia á los hijos.

I. Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. *Soror autem et frater*, *turpibus personis scriptis heredibus*, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores, cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

1. La facultad de acusar al testamento de inoficioso no ha sido atribuida sólo á los hijos respecto de sus ascendientes, sino áun á éstos respecto de sus hijos y descendientes. *En cuanto á los hermanos y hermanas*, si la institucion ha sido hecha *en favor de personas viles*, deben, segun las constituciones, tener la preferencia; de donde se deduce que no pueden obrar contra todo heredero. Despues de los hermanos y hermanas ningun cognado puede tener accion ni ejercitarla con éxito.

Soror autem et frater: lo que se entendia exclusivamente, segun el derecho civil, de las hermanas y hermanos agnados, individuos de la misma familia; porque sólo ellos eran herederos legítimos unos de otros. Este principio se halla conocido tambien en la constitucion de Constantino tal como se halla en el Código Teodosiano (1); pero Justiniano admite á todos los hermanos por consanguinidad en el derecho de acusar de inoficioso el testamento; debiendo entenderse por hermanos por consanguinidad á los que proceden de un mismo padre, ya estuviesen todavía ó ya no estuviesen en la familia (*durante agnatio vel non*). Por consiguiente, al insertar en su Código la constitucion de Constantino, la hizo modificar en este sentido (2). Tal era el derecho de las institucio-

catado estando cautivo; 9.°, si el hijo es un hereje, que desprecia los cuatro concilios ecuménicos; 10, si ha acusado á su padre de un crimen capital, á excepcion del crímen de lesa-majestad; 11, si ha tenido comercio ilegítimo con su madrastra ó la concubina de su padre; 12, si contra la voluntad de su padre toma parte en compañías de comediantes; 13, si no quiere, haciéndose fideiyusor, hacer que sea puesto en libertad su padre retenido por deudas; 14, si una hija menor, á quien el padre ha querido casar y dotar, se abandona á una prostitucion mercenaria. (Nov. 115, cap. 3.)

(1) Cod. Teodos. 2. 19. 1 y 2.

(2) Cod. 3. 28. 27.

nes, segun el cual sólo los hermanos uterinos quedaban excluidos de la queja de inoficiosidad (1).

Turpibus personis scriptis heredibus. Tales como los histriones, los gladiadores, las prostitutas y las personas con nota de infamia. Es preciso recurrir acerca de esta materia á lo que hemos dicho en nuestra *Generalizacion del Derecho romano*, sobre las vicitudes ó pérdida de la *existimatio*. Precisamente con ocasion de la queja de inoficiosidad concedida á los hermanos y hermanas, determina una constitucion de Constantino, inserta en el Código, los tres grados de infamia, torpeza y *lévis nota* (2). En estos tres casos igualmente tienen los hermanos y hermanas la querella de inoficiosidad. En suma, su derecho era mucho más limitado que el de los descendientes y ascendientes, porque éstos podian reclamar, por causa de inoficiosidad, contra todas las personas instituidas en perjuicio suyo, miéntras que los hermanos y hermanas no podian hacerlo sino contra personas viles (3).

II. Tam autem naturales liberi, quam *secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati*, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, *si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt.* Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. *Postumi quoque* qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

2. Por lo demas, los hijos, tanto naturales *cuanto adoptivos*, *segun la division introducida por nuestra constitucion*, no pueden intentar la accion de inoficiosidad *sino á falta de otro medio de derecho para llegar á* los bienes del difunto. Así no lo pueden, si por otro camino llegan á la herencia en todo ó en parte. Esta accion puede ejercitarse *igualmente por los póstumos*, cuando no tienen ningun otro derecho.

Secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati: es decir, segun la distincion establecida por la constitucion de Justiniano, entre los hijos adoptivos por extraños y los adoptados por un ascendiente ó los adrogados. Sabemos que los primeros no tenian más que un derecho de sucesion *ab intestato* sobre los bienes del

(1) Segun la novela 115, las justas causas de omision respecto de los ascendientes eran ocho: 1.º, si han acusado á sus descendientes de un crimen que mereciese la pena capital; 2.º, puesto asechanzas á su vida; 3.º, tenido comercio con la mujer ó concubina de sus hijos; 4.º, puesto obstáculo á que hiciesen testamento; 5.º, si no los han rescatado del poder del enemigo; 6.º, si en caso de demencia los han abandonado; 7.º, por causa de herejía; 8.º, si el padre ha querido envenenar á la madre, ó al contrario. (Nov. 115, cap. 4.)

(2) Cod. 8. 28. 27. const. Constant.

(3) Respecto de los hermanos y hermanas hay tres justas causas de omision: 1.º, por atentar á la vida; 2.º, por acusacion de un crimen, y 3.º, por un gran perjuicio en la fortuna. (Nov. 22, cap. 47.)

padre adoptante, sin poder quejarse si habian sido omitidos ó desheredados áun sin motivo.

Si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Así la accion por causa de inoficiosidad es un último recurso, que se admite únicamente á falta de otros. Si, por ejemplo, se trata de un hijo que contra el testamento paterno puede invocar la nulidad ó la posesion de los bienes *contra tabulas*, porque no ha sido desheredado, no será admitido á acusar á aquél como inoficioso, porque tiene otro medio de llegar á la herencia. Lo mismo sucedia ántes de Justiniano respecto de las hijas, nietos ó biznietos que, en caso de omision, tenian derecho para hacerse admitir con los instituidos por una parte.—Lo mismo sucedia, en fin, segun el ejemplo citado por Ulpiano, al adrogado impúbero desheredado injustamente, porque tenía en este caso derecho para reclamar la cuarta Antonina (1).

Postumi quoque. Bien entendido, cuando su nacimiento no debia romper el testamento, por ejemplo, cuando el padre los habia desheredado, cuando se trataba del testamento de la madre ó de un ascendiente materno. Tenian expedita la accion por causa de inoficiosidad, y el éxito de ella no era dudoso, porque era evidente que siendo póstumo no habian dado al testador ningun justo motivo para omitirlos ó desheredarlos.

III. Sed hæc ita accipienda sunt si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est : quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Si vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, *in quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur*, *licet non fuerit adjectum* boni viri arbitratu debere eam compleri.

3. Pero todo esto sólo es aplicable al caso en que el testador no les haya dejado nada en su testamento, como lo ha introducido nuestra constitucion por respeto á los derechos de la naturaleza. Si, pues, una parte cualquiera ó un objeto de la herencia les ha sido dado, dejando dormir la queja de inoficiosidad, tendrán sólo derecho *para hacer completar lo que les falte hasta llegar al cuarto de su parte de herencia legítima*, y esto áun cuando el testador no hubiese añadido la órden de completarles dicho cuarto al arbitrio de un hombre bueno.

La accion por causa de inoficiosidad del testamento da orígen á una nueva teoría, la de la porcion legítima debida á los hijos, as-

(1) D. 5. 2. 8. § 15.

cendientes, hermanos ó hermanas en su clase de herencia *ab intestato.*

No podemos determinar positivamente en qué época y por qué grados se introdujo esta teoría; pero véase cuál fué la generacion probable de este derecho. Si los hijos, ascendientes, hermanos ó hermanas, herederos futuros *ab intestato* del difunto, hubiesen sido instituidos por él en su testamento en una porcion cualquiera, por pequeña que fuese, no habia ya respecto de ellos omision ni desheredacion: en esta situacion, ¿debia ó no el testamento ser anulado como inoficioso? Ó bien si el difunto, sin instituir por herederos á estas personas, les hubiese, sin embargo, dejado una parte de sus bienes por legado, donacion ó de otro modo, ¿debia el testamento ser tambien considerado como inoficioso? ¿No podia suceder que en interes de su hijo, como, por ejemplo, para evitar los cargos y responsabilidad que lleva consigo la calidad de heredero, le hubiese el padre dejado una porcion de sus bienes á título de legado ó donacion más bien que á título de institucion? Siendo esto así, ¿qué porcion de bienes sería preciso que el testador hubiese dejado, ya por institucion, ya por legado ó por otro modo á sus hijos, ascendientes ó hermanos y hermanas, futuros herederos *ab intestato*, para que el testamento pudiese no ser considerado como inoficioso? Sobre todas estas cuestiones es preciso observar que al principio no debia haber en esto ninguna regla formal. La accion por causa de inoficiosidad no era una accion de derecho estricto por un vicio absoluto y caracterizado. El testamento sólo era anulado como contrario á los deberes del parentesco y por denotar en sus disposiciones una voluntad irreflexiva y contraria á la razon. A los centumviros tocaba apreciarla bajo este aspecto y segun las circunstancias: á ellos tocaba tambien juzgar si la liberalidad del testador, respecto de los que se consideraban agraviados, no era suficiente para llenar los deberes del parentesco y satisfacer al afecto que éste inspira; no habia, pues, ninguna parte terminantemente fija, pero en los últimos años de la república, en 714, fué expedido, bajo el nombre de ley Falcidia (LEX FALCIDIA), un plebiscito, del que en breve tratarémos (véase título XXII), y segun el cual se dispuso que ningun heredero instituido por testamento pudiese nunca ser gravado con legados ni fideicomisos en más de los tres cuartos de su parte hereditaria; de tal modo, que siempre le quedase libre un cuarto por lo ménos. Ya que la

ley Falcidia contuviese expresamente, respecto de la herencia *ab intestato*, una disposicion análoga en favor de los herederos por consanguinidad, á quienes se hallaba expedita la accion de inoficiosidad, ya que en este punto sólo hubiese una extension dada á la ley Falcidia, el hecho es que se atribuyó á estos herederos por consaguinidad el mismo derecho que á los herederos instituidos; y que bajo pena de hacer anular el testamento por inoficioso, debieron tener siempre en los bienes del difunto, á ménos de haber justas causas de desheredacion ó de completa omision, el cuarto de la parte hereditaria que les hubiese tocado *ab intestato*. Tal es el orígen de esta parte, que una constitucion de Teodosio y de Valentiniano, inserta en el Código Teodosiano, llama la Falcidia (*solam eis Falcidiam debitæ successionis relinquant*) (1); que una novela de Majoriano llama tambien á la cantidad de la ley Falcidia (*sola Falcidia quantitas*) (2); y que otros textos llaman tambien porcion debida por la ley (*portio legibus debita*); porcion legítima (*portio legitima*) (3); de donde los comentadores han tomado la denominacion pura y simple de la *legítima* (4).

Id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum. Al principio era indispensable que el testador diese él mismo el cuarto completo, ó que al ménos hubiese expresamente añadido á sus disposiciones que en caso de insuficiencia se completase dicho cuarto. En otro caso se daba la accion por causa de inoficiosidad. Tal era el derecho en tiempo de Constantino, segun una constitucion suya, inserta en el Código Teodosiano (5); Justiniano fué el primero que estableció que áun en el caso de que el testador no hubiese añadido esta disposicion (*licet non fuerit adjectum*), el derecho del heredero por consaguinidad se limitaria á hacer completar el cuarto; así, por poco que el tes-

(1) Cod. Teodos. 16. 7. 28. — Este nombre de Falcidia se le da igualmente en una constitucion de Arcadio y Honorio, inserta en el Código de Justiniano: 9. 8. 6. § 3.

(2) *D. Majoriani A. legum novellarum*, tít. 8. *De sunctimonialibus et viduis et de successionibus earum.* 1. § 3.

(3) C. 3. 28. 28. 30 y 31.

(4) Cujacio habia sido conducido por el título probablemente alterado de una ley del Digesto (5. 2. 4. f. Gay.) á atribuir el orígen de la porcion legítima á una cierta ley Glicia enteramente desconocida. Pero lo que acabamos de exponer, el nombre de Falcidia que se le da en las constituciones de los emperadores, y que encontramos en la *ley romana de los borgoñones*, 31 (30), y áun en los francos, como lo demuestra M. Savigny en su *Historia del Derecho romano en la Edad Media* (tít. 2. c. 9. § 41. vol. 1.º), y otras muchas autoridades; todo, en fin, nos prueba que la porcion legítima de los herederos por consanguinidad se deriva, si no textualmente, al ménos por extension, de la ley Falcidia.

(5) Cod. Teodos. 2. 19. 4.

tador hubiese dejado al heredero por consanguinidad, esto bastaba para que fuese excluida la accion de inoficiosidad y para que no quedase más que la accion por suplemento.

IV. Si tutor nomine pupilli cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit *nomine suo* de inofficioso patris testamento agere.

4. Si un tutor ha aceptado, en nombre de un pupilo de quien administraba la tutela, un legado procedente del testamento de su propio padre, que nada absolutamente ha dejado á él mismo, no estará por eso ménos obligado, *en su propio nombre*, á acusar el testamento.

Nomine suo. La aceptacion que ha hecho de un legado dejado á su pupilo, no puede oponérsele como si fuese una ratificacion del testamento, porque en dicha aceptacion ha obrado, no en nombre suyo, sino sólo en su cualidad obligatoria de tutor, cumpliendo en esto, no un acto voluntario, sino un deber forzado. Nada le impedirá, pues, atacar en su propio nombre (*nomine suo*) al testamento como inoficioso. Otra cosa sucederia si el acto de aprobacion, áun indirecto, hubiese sido enteramente libre y voluntario por su parte, como, por ejemplo, si como abogado ó procurador se hubiese presentado á solicitar la entrega de un legado á nombre de un legatario (1).

V. Sed si, e contrario, pupilli nomine cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit *et superatus est*, tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

5. Y si, por el contrario, el tutor intenta, en nombre del pupilo á quien nada se ha dejado, la accion de inoficiosidad, y *es vencido*, no pierde el legado que le ha sido hecho en el mismo testamento.

Et superatùs est. Aquí el caso es contrario, pero el motivo de la decision es el mismo. Es preciso saber, para inteligencia de esta decision, que todo heredero que equivocadamente hubiese acusado al testamento de inoficioso, y que hubiese sido vencido en su demanda, perdia como indigno los legados ú otras disposiciones que en su favor contuviese el testamento; el fisco se aprovechaba de ellas (2). Pero no habiendo aquí obrado el tutor voluntariamente y en su propio nombre, no ha incurrido en la nota de indignidad.

(1) D. 5. 2. 32. f. Paul.
(2) D. 5. 28. § 14 f. Ulp.

VI. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario sive jure legati aut fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos *in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio; vel aliis modis qui constitutionibus continentur*. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est ut, sive unus fuerit sive plures quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata eis distribuatur, id est pro virili portione quarta.

6. Para que la accion del testamento inoficioso no pueda ejercitarse, es preciso que se tenga la cuarta, ya por derecho hereditario, por legado, fideicomiso ó donacion por causa de muerte, ya por donacion entre vivos, *en los casos mencionados en nuestra constitucion, ó por todos los demas medios enumerados en las constituciones*. Lo que hemos dicho de la cuarta debe entenderse de manera que, aunque haya una ó muchas personas con derecho contra el testamento inoficioso, se puede darles una sola cuarta para distribuirla entre sí proporcionalmente, es decir, para cada uno el cuarto de su porcion viril.

Este párrafo da lugar á examinar dos cuestiones, que por lo demas son esencialmente correlativas: 1.ª ¿Cómo debe verificarse el cálculo para determinar la porcion legítima? 2.ª ¿Con qué título, es decir, por qué especie de liberalidad debe dejarse esta porcion á los herederos por consanguinidad?

Para determinar la porcion legítima es preciso considerar el patrimonio del difunto tal como se hallaba en el momento de su muerte (1), haciendo deduccion de los gastos funerales, de las deudas y manumisiones (2); por lo demas, todas las cosas que forman el objeto de los legados y otras liberalidades testamentarias quedan en ella comprendidas, porque están todavía en el patrimonio en el momento de la muerte. Bajo este título se comprenden aún las donaciones por causa de muerte (3). Tomando el cuarto de la masa así formada, se determinará el valor de la porcion legítima.

Las donaciones entre vivos que el difunto ha podido hacer en vida no entran en la masa de su patrimonio para formar el cálculo de la porcion legítima, porque no se hallaban ya en el patrimonio del difunto en el momento de su muerte; á ménos que no fuesen tambien ellas impugnadas por causa de inoficiosidad, por haber menoscabado sin término los bienes del difunto con el objeto de eludir la querella de inoficiosidad testamentaria; pues sabemos por

(1) Cod. 3. 28. 6.
(2) Paul. Sent. 3. 5. 6.—Dig. 5. 2. 8. § 9.
(3) C. 8. 57. 2 —Véase sobre todo esto los pormenores que darémos en el título 22, § 3, para el cálculo de la Falcidia: las reglas generales son las mismas, pues es una especie de Falcidia.

un título especial del Código y por los fragmentos del Vaticano recientemente descubiertos, que existia dicha accion contra las donaciones (1).

Pero si el heredero por consanguinidad hubiese recibido del testador ciertas muestras de liberalidad, ¿se las debia hacer entrar en la masa de su patrimonio para calcular la porcion legítima, ó imputárselas como recibidas á cuenta de dicha porcion? No habia duda respecto de los legados, fideicomisos ó donaciones por causa de muerte: que estas dádivas se hubiesen hecho al heredero por consanguinidad ó á cualquiera otra persona, poco importaba; la regla general era que se consideraban en la masa del caudal para el cálculo de la porcion legítima, pues formaban todavía parte del patrimonio en el momento de la muerte; y todo lo que se habia dejado bajo este concepto al heredero por consanguinidad, se contaba para imputárselo á cuenta de la parte que debia corresponderle.

En cuanto á las donaciones entre vivos recibidas por el heredero por consanguinidad en vida del testador, habia que hacer distinciones. Siendo la regla general que las donaciones entre vivos no entraban en la masa del caudal, esta regla debió tener lugar en las donaciones al heredero por consanguinidad, lo mismo que en las hechas á cualquiera otra persona. Únicamente por excepcion habia sido sometido al heredero por consanguinidad á hacerlas entrar en la masa del causal, y á que se contasen en su porcion legítima, en ciertos casos que el texto se limita á indicar sumariamente.

In iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio. Á saber, en el caso en que la donacion entre vivos le hubiese sido hecha bajo la expresa condicion de que sería tomada en su legítima, la aceptacion de semejante condicion no podia privar al heredero de su derecho de reclamar; pero le obligaba á contar la donacion como parte de su cuarta, y por consiguiente, á no reclamar más que el cumplimiento de ella (2); ó bien en el caso en que se tratase de lo que habia sido donado entre vivos para la compra de un oficial ó de un grado militar (*ad militiam emendam*) (3).

---

(1) Vatican. Jur. Frag. §§ 270, 271, 280, 281, 282.—C. 3. 29.

(2) D. 5. 2. 25. pr. f. Ulp. —C. 3. 28. 35. § 2. const. de Justin.

(3) C. ib. 30. § 2. constit. de Justin. — Se ve por esta constitucion que ciertos cargos militares se habian hecho ya venales por aquel tiempo.

Vel aliis modis qui constitutionibus continentur. Algunas ediciones ponen en el texto equivocadamente *nostris constitutionibus*, cuando no se trata ya aquí de la constitucion de Justiniano, sino de las constituciones en general, como puede verse en la paráfrasis de Teófilo. Estos casos son los de la dote y de la donacion por causa de nupcias, que entran en la masa del caudal para el cálculo de la porcion legítima, y que se imputan por cuenta de dicha legítima (1).

Justiniano en sus novelas introdujo en estos diversos puntos importantes modificaciones. Aumentó la parte cuota de la porcion legítima, que debia ser, no ya del cuarto solamente, sino de la mitad de la sucesion si los legitimarios eran más de cuatro, y en otro caso de la tercera parte. Este aumento tenía lugar tanto para los hijos cuanto para los ascendientes, hermanos ó hermanas, en beneficio de los cuales habia sido introducida al principio la accion de inoficiosidad (2).

No era ya permitido omitir ni desheredar á los hijos ó descendientes, áun cuando se les hubiese dejado la porcion legítima á título de donacion, legado ó fideicomiso. Era preciso darles la cualidad de herederos, aunque no fuese más que para un objeto particular, salvo el completar lo que faltase á la porcion legítima (3).

Segun el derecho civil, y áun segun el de las instituciones, el testamento anulado como inoficioso lo era en el todo, y todas sus disposiciones caian por tierra. Segun la misma novela de Justiniano, no se anulaba sino en lo que concernia á la institucion de heredero; los legados, los fideicomisos, las manumisiones y los nombramientos de tutor subsistian y se llevaban á efecto (4).

La accion contra el testamento por causa de inoficiosidad se extingue en diferentes casos: 1.°, si el que se queja ha transigido con los herederos, porque el empeño de no impugnar el testamento como inoficioso hecho en vida del testador sería nulo; pero despues de su muerte puede haber transaccion (5); 2.°, si ha desistido de su accion (6); 3.°, si ha reconocido como bueno y válido el tes-

(1) C. 3. 38. 29. const. de Zenon; 30. § 2.— C. 6. 20. 20. pr.
(2) Novel. 18, cap. 1.°
(3) Novel. 115, cap. 3 y 4.
(4) Ib. *in fin.*
(5) D. 5. 2. 27. — Cod. 3. 28. 35. § 2.—Paul. Sent. 4. 5. 8.
(6) D. 5. 2. 8. § 1.

tamento (*agnovit judicium testatoris*), ya directa, ya indirectamente; por ejemplo, recibiendo un legado, pidiendo la ejecucion de una de sus disposiciones (1); 4.°, si ha dejado transcurrir el plazo que antiguamente se fijaba sólo en dos años (2), pero que andando el tiempo se extendió hasta cinco (3); al cabo de este tiempo, que no debe principiar á correr hasta el dia de la adicion (4), la accion del testamento inoficioso está prescrita, porque se juzga que por su silencio ha aprobado el testamento; 5.°, si muere sin haber intentado ni preparado la accion; pero si la habia preparado, es decir, si habia manifestado intencion de proceder judicialmente y dado principio á sus disposiciones, el derecho de intentarla pasaria á sus herederos (5).

No sucede lo mismo con la accion que tiene por objeto el complemento de la porcion legítima; no se extingue aquélla ni por el reconocimiento del testador, ni por la prescripcion de dos ó de cinco años, ni por la muerte del legitimario (6).

TITULUS XIX.

DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei.

TÍTULO XIX.

DE LA CUALIDAD Y DIFERENCIA DE LOS HEREDEROS.

Se dice de los herederos que son ó necesarios, y suyos ó necesarios, ó extraños.

La diferencia entre estas tres clases de herederos consiste esencialmente en la manera de adquirir ó de poder repudiar la heren-

(1) Ib. 23. § 1; 31. §§ 2, 3 y 4.

(2) Cartas de Plinio, 5. 1.

(3) Hallamos la enunciacion de este plazo en una constitucion de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, inserta en el Código Teodosiano, 2. 19. 5; en una constitucion anterior (año 259) de los emperadores Valeriano y Galieno, que se halla en el Código de Justiniano, 3. 28. 16; y en fin, dos fragmentos que hay en el Digesto, pueden hacer creer que el plazo, en tiempo de Ulpiano y Modestino, habia ya llegado á cinco años, D. 5. 2. 8. § 17. f. Ulp.— 9. f. Modest.

(4) C. 3. 28. 36. § 2. const. de Just. En esta constitucion confirma Justiniano la opinon de Ulpiano y rechaza la de Modestino, que queria hacer correr el plazo desde el dia de la muerte; Justiniano impone al mismo tiempo al heredero instituido la obligacion de pronunciarse en este caso, acerca de la adicion, en el plazo de seis meses ó un año, segun que habite la misma provincia ú otra.

(5) D. 5. 2. 6 § 2. — Ib. 7. — C. 3. 28. 5. — En el caso particular de que acabamos de hablar en la nota anterior, si el legitimario moria ántes de espirar el plazo impuesto al instituido para pronunciarse, trasmitiria la accion á sus hijos, áun cuando no la hubiese todavia preparado; pero esta gracia no tenia lugar para otros herederos, sino para los hijos.

(6) C. 3. 28. 35. § 2. — Ib. 34. *in fin.* — Con equivocacion se pretenderia deducir de esta constitucion, que la accion por suplemento podia tambien prescribir á los cinco años.

cia. Así el título actual trata de la adquisicion y omision de las herencias.

I. Necessarius heres est *servus heres institutus :* ideo sic appellatus quia, *sive velit sive nolit*, omnimodo *post mortem testatoris* protinus liber et necessarius heres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo vel secundo vel etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut si, creditoribus satis non fiat, *potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur*, vel distrahantur vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo *illud ei commodum præstatur*, ut ea quæ post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis non sufficiant bona defuncti creditoribus, tamen ex alia causa quas sibi res adquisivit, non veneunt.

1. El heredero necesario es *el esclavo instituido heredero :* se le llama así porque, *quiera ó no*, de cualquier manera, *despues de la muerte del testador*, se hace al punto libre y necesariamente heredero; por eso aquellos cuya solvencia es sospechosa, acostumbran instituir á su esclavo por heredero, en primero, en segundo y áun en último grado, á fin de que si no satisface á los acreedores, *sea bajo el nombre de este heredero y no bajo el del testador*, bajo el que tenga lugar la posesion, venta ó distribucion de los bienes por los acreedores. En compensacion de este perjuicio, *se le concede la ventaja* de que le sean reservados los bienes que adquiera con posterioridad á la muerte de su patrono, y á pesar de la insuficiencia de los bienes del difunto, no podrán vender los acreedores lo que haya adquirido por cualquiera otra causa.

Servus heres institutus. Bien entendido, cuando instituido por su propio señor deba quedar libre en virtud del testamento, y ser al mismo tiempo heredero : *si in eadem conditione manserit*, como hemos explicado ántes.

Sive velit, sive nolit. Por consiguiente, que este esclavo sea púbero, impúbero ó áun *infans*, en estado de razon ó imbécil, adquiere igualmente la herencia, pues la adquiere de pleno derecho y sin ningun acto de su voluntad.

Post mortem testatoris. La época en que se hace á un mismo tiempo libre y heredero necesario, es la de la muerte de su señor, si la herencia y la libertad se le han dado ambas pura y simplemente : y sólo la del cumplimiento de la condicion, si ambas ó una de ellas, ora la libertad, ora la herencia, le han sido atribuidas únicamente bajo condicion; porque la condicion impuesta á una cualquiera de las dos, suspende igualmente á la otra (1).

Potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur : «Es decir, añade Gayo, á fin de que la ignominia

(1) D. 28. 5. 3 § 1. f. Ulp.—21. § 1. f. Pomp.—28. f. Jul.

que resulte de la venta de los bienes recaiga sobre este heredero ántes que sobre el mismo testador; aunque Sabino, en su obra dirigida á Fufidio, sea de opinion que este heredero deberia quedar libre de ignominia, porque no por culpa suya, sino por una necesidad de derecho permite la venta de los bienes; pero usamos nosotros de otro derecho (*sed alio jure utimur*)» (1); expresion que prueba que la ignominia de que se trata no era una simple ignominia de opinion, sino una ignominia de derecho, que producia efectos legales (2).

Illud ei commodum præstatur. La primera ventaja que obtiene, dice Teófilo, es ántes de todo la libertad, la cosa más estimable del mundo. Ademas, el pretor le concedia otra, que los comentadores llaman el *beneficio de separacion.*—La separacion entre los bienes del difunto y los del heredero no era un privilegio especial del esclavo heredero necesario, sino un derecho más ámplio, introducido por el pretor para templar las consecuencias rigurosas de la confusion, que se verificaba segun el derecho estricto entre los bienes del difunto y los del heredero. Sobre esta materia hallamos en el Digesto un título entero denominado *de separationibus*, y en el Código, *de separationibus bonorum* (3). La separacion de los bienes se obtenia por un decreto del pretor ó del presidente (4): se hallaba más particularmente establecida para los acreedores de la herencia, que, cuando el heredero estaba insolvente, tenian interes en que los bienes del difunto no se confundiesen con los del heredero. El esclavo heredero necesario podia tambien solicitar y obtener la separacion de los bienes, con tal que no hubiese tocado todavía á los de la herencia (*scilicet si non altigerit bona patroni*). Por efecto de esta separacion, aunque quedase siempre como heredero, y obligado á responder segun el derecho estricto de todas las deudas del difunto, no podian los acreedores entablar ninguna reclamacion, sino contra los bienes de la herencia: todo lo que el esclavo hecho libre adquiria en adelante, comprendiéndose entre

---

(1) Gay 2. § 154.—Teófilo en su paráfrasis nos daba ya el mismo motivo.

(2) Como la quiebra entre nosotros.—La venta de los bienes de que se trataba en la época de Gayo era la que Justiniano ha suprimido: Véase en adelante lib. 3, tít. 12. Así nuestro texto no dice, como Gayo, *bona veneant*, sino *bona a creditoribus possideantur.*

(3) Dig. 42. 6.—Cod. 7. 72.

(4) Dig. 42. 6. 1. pr. y § 14. f. Ulp.

ello áun los créditos que tuviese contra el testador, debia quedar separado y fuera del alcance de los acreedores hereditarios (1).

II. Sui autem et necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisque ex filio, et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse; sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate: *tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit.* Sed sui quidem heredes ideo apellantur, quia domestici heredes sunt, *et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur.* Unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo *sive velint sive nolint*, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus *abstinere se ab hereditate*, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

2. Los herederos suyos y necesarios son, por ejemplo, el hijo, la hija, el nieto y la nieta nacidos de hijo, y los demas descendientes de ellos, suponiéndose que estuviesen bajo la potestad del que habia muerto. Pero para que el nieto y la nieta sean herederos suyos, no basta que hayan estado bajo la potestad del abuelo en el momento de su muerte, sino que es preciso, ademas, que su padre en vida del abuelo haya cesado de ser heredero suyo y ser arrebatado á su familia, ya por la muerte, ya por cualquiera otra causa de las que libran de la patria potestad: entónces, en efecto, *el nieto ó la nieta* ocupan el lugar de su padre. Estos herederos se llaman *suyos*, porque son herederos domésticos, *considerados, áun en vida del padre, como en cierto modo propietarios;* de donde se deduce que en caso de muerte intestada, ante todo se presenta la sucesion de los hijos; se les llama *necesarios*, porque de cualquiera otra manera, *quieran ó no*, sea *ab intestato* ó sea por testamento, se hacen herederos; pero el pretor les permite *abstenerse de la herencia*, si así lo quieren, á fin de que la posesion de los bienes por los acreedores tenga lugar bajo el nombre del difunto ántes que bajo el suyo.

Tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Esto se entiende si se trata de sucesion *ab intestato*, pero si se trata de sucesion testamentaria, poco importa que el nieto ú otro descendiente sea ó no precedido por alguno en la familia: basta que esté bajo la potestad del testador, y que sea válidamente instituido para ser heredero suyo y necesario. Esto es lo que dice positivamente Ulpiano, y lo que, por otra parte, resulta evidentemente de la explicacion que vamos á dar de estas palabras: *heres suus et necessarius.* Pero es preciso observar que si el abuelo deshereda á su hijo para instituir al nieto, este último, haciéndose heredero suyo y nece-

(1) Ib. § 18.

sario á la muerte del abuelo, no se hace tal por sí propio, sino por su padre, que le precede en la familia, y bajo cuya potestad vuelve: por manera que éste adquiere por derecho de patria potestad la herencia de que ha sido desheredado (1).

Et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. No se crea que *suus* se refiere al testador é indica que sus hijos herederos fuesen *suyos*, es decir, que le perteneciesen, que estuviesen bajo su potestad: si así hubiese sido, habria sido preciso llamar igualmente herederos suyos y necesarios á los esclavos instituidos por su señor, porque eran suyos y le pertenecian; y por lo tanto, sólo tenian la cualidad de herederos necesarios, y no la de herederos suyos. La palabra *suus* se refiere, no al testador, sino á los herederos mismos, é indica que estos últimos son sus propios herederos (*sui heredes*), y que en cierto modo se suceden á ellos mismos. En efecto, todos los individuos de la familia, como ya hemos dicho muchas veces, formaban en cierto modo un solo ser colectivo en cuanto á la propiedad de los bienes de la familia, y cada uno de ellos era una parte en esta propiedad, y copropietario con el jefe: cuando éste llegaba á morir, los individuos de la familia que le sucedian se sucedian á ellos mismos, tomaban su propia herencia, y eran sus propios herederos (*heredes sui*). Tal es la única explicacion que da el texto á estas palabras, y la única verdadera. Por esto se ve cómo los esclavos, siendo extraños á la propiedad de familia, no eran herederos suyos, sino sólo herederos necesarios, aunque fuesen la cosa del testador; se ve igualmente cómo todo individuo de la familia, ya estuviese directamente, ó ya por persona intermedia, bajo la potestad del jefe, con tal que estuviese en ella, siendo parte en la copropiedad de familia, era heredero de sí mismo, su propio heredero (*heres suus*), desde el momento que era llamado á recoger el patrimonio doméstico, ya por su grado de parentesco en el caso de *ab intestato*, ya por la institucion del jefe.

Sive velint, sive nolint. Por consiguiente, que sea impúbero ó demente, poco importa; no necesita de ninguna otra autorizacion, ni de la del tutor, ni de la de otro ninguno, para adquirir la herencia; la adquiere de pleno derecho, sin saberlo y á su pesar.

Abstinere se ab hereditate. Esto es lo que los comentadores llaman el *beneficio de abstencion.* Consiste en que es permitido á los

(1) D. 29. 2. 6. § 5. f. Ulp.

herederos suyos, aunque hayan adquirido la herencia de pleno derecho, no mezclarse en dicha herencia, ni ejecutar en ella ningun acto de heredero, permaneciendo extraños de hecho; y por este medio se negará por el pretor toda accion contra ellos á los acreedores del difunto, aunque sean herederos segun el derecho estricto. Esta abstencion de los herederos suyos se diferencia de la separacion de los bienes concedida á los esclavos, tanto en la forma, cuanto en los efectos. En la forma, porque la abstencion es un hecho pasivo: el heredero suyo nada tiene que hacer, nada que declarar, nada que pedir: le basta permanecer en la inaccion sin mezclarse en nada de la herencia (1), miéntras que, por el contrario, la separacion de los bienes debe ser solicitada y obtenida por decreto del pretor. En los efectos, porque por consecuencia de la abstencion, ninguna accion ni ninguna declaracion puede dirigirse por los acreedores contra el heredero suyo, miéntras que, á pesar de la separacion de los bienes, conservan sus acciones contra el heredero necesario; pero sólo hasta donde alcanzan los bienes hereditarios.—Los efectos de la abstencion son perdidos para los herederos suyos si han sustraido ó hecho sustraer alguna cosa de la herencia (2).

Por lo demas, el heredero suyo que se ha abstenido, no cesa de ser heredero, pero sólo lo es de nombre. Puede, miéntras que los bienes no han sido vendidos por los acreedores (*cum nondum bona venierint — donec res paternæ in eodem statu permanent*), renunciar á su abstencion y tomar la herencia: ningun plazo imponia en este punto el antiguo derecho; Justiniano fijó uno de tres años (3). Despues de la venta ya no se puede (4).

Resulta de lo que acabamos de decir que respecto de los herederos necesarios, y de los herederos suyos y necesarios, no hay nunca *adicion de herencia*. Este acto, por el cual adquiria el instituido voluntariamente la herencia, á la que era llamado, les era completamente extraño. Para ellos la adquisicion tenía lugar de pleno derecho.—Mas para los herederos suyos, si no hay adicion, hay inmiscion, acto que lleva consivo la renuncia del derecho de abs-

(1) D. 29. 2. 12. f. Ulp.
(2) Ib. 71. §§ 3 á 9.
(3) Dig. 28. 8. 8. f. Ulp.—Cod. 6. 30. 6.
(4) Ib.—Véase por tanto: D. 42. 5. 6. pr. f. Paul. especial al pupilo. Es una cuestion controvertida saber si podia haber, ya acrecion para el coheredero de la porcion del que se habia abstenido, ya sea devolucion al sustituido ó al heredero subsecuente. Es preciso resolverla negativamente.

tenerse, y que los somete á las acciones de los acreedores. Para mezclarse válidamente y obligarse por este acto, es preciso que el heredero suyo sea capaz de hacerlo; si fuese impúbero ó demente, su inmiscion no le obligaria, y podria siempre abstenerse (1).

III. Ceteri qui testatoris juris subjecti non sunt extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur. Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt, quia feminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque heres institutus a domino et post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

3. Todos los que no están sometidos á la potestad del testador se llaman herederos extraños. Así nuestros propios hijos, que no están bajo nuestra potestad, cuando son instituidos por nosotros, son herederos extraños. Sucede lo mismo, y por la misma razon, con los hijos instituidos por su madre, porque las mujeres no tienen patria potestad sobre sus hijos; y con el esclavo instituido heredero por su señor, pero manumitido por éste despues de la formacion del testamento.

IV. In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum ei testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id *duobus temporibus* inspicitur: *testamenti quidem*, ut constiterit institutio; *mortis vero testatoris*, ut effectum habeat. Hoc amplius *et cum adit hereditatem*, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit, nam jus heredis eo maxime vel tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. *Medio autem tempore*, inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris heredi non nocet; quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et in-

4. Es de regla para los herederos extraños, que haya con ellos faccion de testamento, ya sea que se les instituya á ellos mismos, ya á los que se hallan bajo su potestad; y esto *en dos tiempos:* el de la *formacion del testamento*, para que la institucion exista, y el del *fallecimiento del testador*, para que pueda tener su efecto. Ademas, *en el momento en que el instituido hace adicion de la herencia*, la faccion de testamento debe existir con él, ora haya sido instituido pura y simplemente, ó bajo condicion, porque sobre todo, en el instante en que adquiere la herencia, debe el heredero ser capaz. *En cuanto al tiempo intermedio* entre la formacion del testamento y la muerte del testador, ó el cumplimiento de la condicion, la variacion de estado no perjudica al heredero, porque no hay que considerar, como hemos dicho, sino tres épocas. Tener faccion de testamento se dice, no sólo del que puede testar, sino tambien del que puede adquirir para sí ó para otros en virtud del testamento de otro, aunque él mismo no pueda testar. Así se dice que el loco, el

(1) D. 29. 2. 11 y 57 pr.

fans, et filius familias, et servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii adquirere possunt.

mudo, el póstumo, el infante, el hijo de familia y el esclavo de otro tienen faccion de testamento, porque aunque no puedan hacer testamento, pueden, sin embargo, adquirir por testamento para ellos ó para otro.

Los herederos *extraños*, que forman la tercera clase de herederos, no adquieren la herencia sino por su propia voluntad; por eso los llaman los comentadores herederos voluntarios. Antes de exponer de qué manera debe manifestarse su voluntad, se ocupa el texto en determinar en qué época deben ser capaces.

Con este motivo hagamos primero observar que para los herederos extraños es preciso distinguir entre la herencia deferida y la herencia adquirida. Les es deferida la herencia desde el momento que se halla expedito su derecho, ya sea por la muerte del testador, si han sido pura y simplemente instituidos, ya por el cumplimiento de la condicion, si lo han sido bajo condicion. Desde este momento pueden adquirir la herencia si quieren; pero no la han adquirido todavía, ni esto se hace sino por la adicion, es decir, por la aceptacion que de ella hacen. Esta distincion no existe respecto de los herederos necesarios ni de los herederos suyos, que adquieren la herencia de pleno derecho al mismo tiempo que les es deferida. Esto supuesto, la capacidad de los herederos extraños se exige en tres épocas.

Duobus temporibus, dice el texto; pero esto es incompleto, pues inmediatamente despues se añade una tercera época, y dice entónces: *tria tempora inspici debent.* Estas tres épocas son:

1.° *Testamenti quidem:* el texto nos indica la necesidad de ella para la validez misma del testamento (*ut constiterit institutio*), que sin esto sería nulo desde el principio.—La historia nos ha dado su explicacion: bajo el testamento *calatis comitiis*, para que un ciudadano pudiese ser admitido por los comicios como sucesor, como continuador de la persona de otro que testaba, era preciso que existiese y que gozase de los derechos de ciudad; bajo la primera forma del testamento *per æs et libram*, tambien era preciso para que el futuro heredero pudiese intervenir en la mancipacion, comprar el patrimonio y hacerse *emptor familiæ.* Las formas variaron; la necesidad desapareció de hecho, pero permaneció el principio jurídico.—No lo hemos admitido en nuestra legislacion;

2.° *Mortis vero testatoris:* época en que el derecho del instituido

queda expedito y puede realizarse; para que tenga lugar (*ut effectum habeat*) es preciso evidentemente que sea capaz en aquel momento.—Observamos que si la institucion era condicional, esta segunda época de que aquí hablamos sólo tendria lugar al cumplimiento de la condicion, porque sólo entónces quedaria expedito el derecho. El momento del fallecimiento no habria ya que considerarlo, sino en su lugar el del cumplimiento de la condicion;

3.° *Et cum adit hereditatem:* porque sólo entónces adquiere la herencia (*quod adquirit hereditatem*); mas para que pueda adquirir es preciso que sea capaz. Resulta de esto que si el heredero instituido llega á morir despues de abrirse la sucesion; pero ántes de haber hecho adicion, sus derechos se extinguen y no trasmite nada á sus sucesores, porque estaban expeditos, pero no se habian ejercitado por medio de la adquisicion. Tal era el derecho rigoroso; verémos, sin embargo, que habia recibido ciertas modificaciones.

Medio autem tempore. Hay dos tiempos intermedios que considerar: 1.°, el que se halla colocado entre la formacion del testamento y la expedicion ó apertura de los derechos, y que llega, ya sea por la muerte del testador, ya por el cumplimiento de la condicion; y 2.°, el que media entre la apertura de los derechos y la adicion. Las variaciones de estado y de capacidad en la persona del instituido durante el primer intervalo, no perjudican. Así, pues, que haya sido disminuido de cabeza, hecho esclavo ó deportado despues de la formacion del testamento y ántes de que puedan ejercitarse los derechos, poco importa, con tal que al tiempo de poder ejercitar dichos derechos haya vuelto á ser ciudadano: no ha perdido nada, porque no tenía todavía ningun derecho expedito, sino sólo una esperanza, siendo capaz en el momento en que esta esperanza se ha realizado. Pero la misma variacion ocurrida en el segundo intervalo, despues de manifestarse expedito el derecho, haria perder irrevocablemente este derecho, y áun cuando el instituido recobrase despues su capacidad, no podria ya tener lugar por él la adicion de la herencia (1).

Todo lo que acabamos de decir no era aplicable á los herederos necesarios ni á los herederos suyos, sino con relacion á las dos primeras épocas: la de la formacion del testamento y de la apertura

(1) D. 28. 2. 29. § 5. f. Scev.

de los derechos; pues para ellos estos derechos se adquirian inmediatamente que podian ejercitarse.

V. Extraneis autem heredibus *deliberandi potestas est* de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is cui abstinendi potestas est, inmiscuerit se bonis hereditatis; sive extraneus cui de adeunda hereditate deliberare licet adierit, postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis. Nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperit, *prætor succurrit.*

5. Los herederos extraños *pueden deliberar* sobre la adicion ó la repudiacion de la herencia; pero ya sea que aquel en cuyo favor existe la facultad de abstenerse se haya mezclado en los bienes hereditarios, ya que el heredero extraño, que puede deliberar, haya hecho adicion, no está ya en su poder abandonar despues la herencia, á ménos que no sea menor de veinte y cinco años. Porque el pretor, en éste como en todos los demas casos en que han sido perjudicados, *viene al socorro de los menores de esta edad*, que hayan imprudentemente cargado con una herencia onerosa.

Deliberandi potestas. Este párrafo es relativo á lo que se llama el *derecho de deliberar*. El Digesto y el Código tienen cada uno un título especial sobre esta materia (1).

En el derecho civil el heredero, salvo el caso de una institucion particular, de que en breve hablarémos, no se halla sometido á ningun plazo dentro del cual debiese necesariamente aceptar ó repudiar la herencia. Mas por otra parte, las personas interesadas en que se declarase, como, por ejemplo, los acreedores, los legatarios y los sustitutos, podian instarle para que declarase si era heredero (*an heres sit*), y entónces se hallaba obligado á declararse. En esta situacion estableció el pretor por su edicto que él heredero pudiese solicitar un plazo para deliberar ántes de responder: «*Si tempus ad deliberandum petet, dabo.*» Tales eran los términos del edicto (2). Así el plazo para deliberar era pedido por el heredero en virtud de las reclamaciones dirigidas contra él (3). Este plazo no debia ser de ménos de cien dias (4). Justiniano estableció que los magistrados pudiesen conceder hasta nueve meses, pero que para un año fuese preciso acudir al Emperador. Pasado el término prefijado, debia por necesidad el heredero aceptar ó repudiar, y cuando no se declaraba, era, respecto del sustituto ó de

(1) D. 28. 28. *De jure deliberandi.*—Cod. 6. 30.
(2) D. 28. 8. 1. § 1. f. Ulp.
(3) D. 11. 1. 5. f. Gay.—6. pr. f. Ulp.
(4) D. 28. 8. 2. f. Paul.

los herederos *ab intestato*, si las reclamaciones eran hechas por ellos, reputado como si renunciase (1); y respecto de los acreedores ó legatarios, si eran éstos los que contra él reclamaban, reputado como aceptante por el solo fenecimiento del plazo (2).—Segun una constitucion de Justiniano, si moria ántes de espirar el plazo concedido para deliberar, en el año de la apertura de sus derechos, transmitia á su heredero todo lo que restaba de este año con la facultad de declararse en su lugar (3). Fué esta una derogacion notable en el derecho civil, pues en todo rigor, habiendo muerto ántes de haber hecho adicion, no habria debido transmitir nada á sus herederos.

El plazo para deliberar, aunque establecido exclusivamente para los herederos extraños, podia obtenerse por los herederos suyos, cuando no habiéndose mezclado en la herencia, pero queriendo aprovecharse, segun el caso, del derecho que tenian para tomarla, miéntras que no hubiese tenido lugar la venta de los bienes por los acreedores, solicitaban un plazo para deliberar sobre este punto y hacer sobreseer esperando la venta (4).

Prætor sucurrit: Es el socorro llamado *restitutio in integrum*, concedido generalmente por el pretor á los menores de veinte y cinco años en todos los negocios en que su inexperiencia pudiese causarles algun perjuicio : socorro de que ya hemos hablado.

VI. Sciendum tamen est divum Hadrianum etiam majori viginti quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus speciali beneficio præstitit. Divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit, et constitutione tam æquissimam quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint ho-

6. Sin embargo, el divino Adriano exceptuó á uno mayor de veinte y cinco años, porque despues de la adicion de la herencia aparecieron deudas considerables desconocidas al tiempo de la adicion. Pero por parte del divino Adriano fué ésta una gracia especial é individual. Despues el divino Gordiano la extendió sólo á los militares. Pero en nuestra bondad hemos hecho este beneficio comun á todos los súbditos de nuestro imperio, y hemos publicado una constitucion tan equitativa como ilustre, y tal, que observando sus disposiciones, es permitido hacer adicion, y estar solamente obli-

(1) D. 29. 2. 69.
(2) Cod. 6. 30. 22. § 14.
(3) Cod. 6. 30. 19.
(4) D. 28. 8. 8. f. Ulp.

mines, licet eis adire hereditatem, et in tantum teneri quantum valere bona hereditatis, contingit; ut ex hac causa *neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium*, nisi omissa observatione nostræ constitutionis et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

gado hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios. Por manera que de este modo *no es ya necesario el auxilio de niguna deliberacion*, á ménos que descuidando seguir las reglas de nuestra constitucion no se prefiera deliberar y someterse á las antiguas cargas de la adicion.

Este párrafo es relativo á lo que los comentadores han llamado el *beneficio de inventario*. Vemos por el texto cómo ha sido este derecho especial sucesivamente introducido. En efecto, segun el derecho civil, el heredero que ha hecho adicion nó puede ya revocar este acto : está obligado á satisfacer todas las deudas y á sufrir todas las cargas de la sucesion, aunque excedan de los bienes que la componen. Si se juzgaba la sucesion más onerosa que lucrativa, podian los menores de veinte y cinco años hacerse restituir por los pretores, pero no sucedia lo mismo con los mayores de veinte y cinco años. Sin embargo, en virtud del ejemplo que dió Adriano, concedieron á algunos los emperadores restituciones excepcionales por rescriptos individuales, fundándose en motivos particulares, como el descubrimiento de deudas ocultas al principio. Posteriormente generalizó esta gracia para los militares el emperador Gordiano, y quiso que no estuviesen nunca obligados á más de la sucesion. Por último, Justiniano convirtió este privilegio en un derecho comun en beneficio de todos los que habian tenido el cuidado de formar un inventario de todas las cosas que componen la herencia.

El inventario debia principiarse en el término de treinta dias, que debian principiarse á contar desde que el heredero tuvo conocimiento de sus derechos, y terminar en otros sesenta dias; ó si los bienes se hallaban demasiado distantes, en un año, que principiase á correr desde el conocimiento indicado. Debia hacerse en presencia del escribano, de los acreedores, de los legatarios y de los terceros interesados, ó, á falta de éstos, de tres testigos.

Los efectos principales de este inventario eran : 1.°, que el heredero no quedaba obligado á ninguna deuda ni obligacion que excediese de la sucesion ; 2.°, que no hubiese confusion entre sus derechos y los del difunto; así es que conservaba contra la herencia las acciones que tenía contra el difunto, y al contrario; 3.°, que tenía el derecho de hacerse indemnizar de los gastos de

funeral, inventario y otros necesarios.—Pagába á los acreedores y legatarios en el órden con que se presentaban, quedando á salvo los últimos, para quienes nada quedase, el recurrir contra los anteriores, si tenian sobre ellos algunos derechos de preferencia.

Tales son, en resúmen, las disposiciones esenciales de la constitucion de Justiniano, á la que se refiere el texto (1).

Neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium. No habia Justiniano derogado por el beneficio de inventario el de deliberar; pero no los habia acumulado uno con otro. Á los herederos correspondia elegir el que prefiriesen. Si hacian inventario, por este solo hecho aceptaban, pero no quedaban obligados sino hasta donde alcanzasen los bienes. Si solicitaban el plazo para deliberar, podian, cuando el plazo feneciese, declararse por la renuncia ó por la aceptacion; pero en caso de aceptacion, estaban obligados á pagar las deudas aunque excediesen de los bienes.

VII. Item extraneus heres testamento institutus; aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest *aut pro herede gerendo*, *aut etiam nuda voluntate* suscipiendæ hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, aut vendendo res hereditarias, aut prædia colendo locandove, et quoquo modo, si voluntatem suam declaret *vel re vel verbis* de adeunda hereditate: *dummodo sciat* eum in cujus bonis pro herede gerit, *testatum in testatumve obiisse et se ei heredem esse.* Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis apellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, *ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.* Eum qui *surdus vel mutus* natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere et adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agitur.

7. El heredero extraño, instituido por testamento, ó llamado *abintestato* á la herencia legítima, puede, *ya haciendo actos de heredero*, *ya áun por su sola voluntad*, aceptar la herencia, hacerse heredero. Ejercer acto de heredero es usar de los bienes hereditarios como haria un heredero, por ejemplo, vendiéndolos, cultivando los fundos de tierra, ó dándolos en arrendamiento; en una palabra, es manifestar *por sus actos ó por sus palabras* la voluntad en que se está de hacer la adicion de la herencia: *con tal*, *sin embargo*, *que se sepa* que aquel sobre cuyos bienes se ejecutan actos de heredero, *ha muerto testado ó intestado*, *y que uno es su heredero.* Porque ejecutar acto de heredero es ejecutar acto de propietario. En efecto, los antiguos usaban la palabra *heres* para significar propietario. Pero así como el extraño por su sola voluntad se hace heredero, del mismo modo *por su sola voluntad contraria se halla al instante repelido de la herencia.* El sordo ó mudo de nacimiento ó por accidente puede ejecutar acto de heredero y adquirir la herencia: nada se opone á esto, con tal que comprenda lo que hace.

(1) C. 6. 30. 22.

Este párrafo trata de la adicion y de la repudiacion de las sucesiones, de la forma del tiempo y de las demas condiciones que sobre esto deben observarse.

La palabra *adicion*, cuya etimología es tan expresiva (*adire hereditatum*, es decir, *ire ad hereditatem*, ir á la herencia), es la expresion general que designa la aceptacion de la herencia por el que ha sido llamado á ella. La adicion podia hacerse en otro tiempo de tres maneras, ó por una declaracion solemne que se llamaba *crecion*, ó por la manifestacion expresa, pero no solemne, ya por escrito, ya de palabra, de su voluntad de aceptar (era lo que en un sentido más limitado se llamaba más particularmente *adicion*); ó en fin, por actos de heredero, que indicaban por sí solos y de hecho que se habia aceptado, pues se procedia como heredero (*pro herede gerere*).

La crecion sólo tenía lugar cuando el mismo testador la habia impuesto en su testamento. El objeto era fijar al heredero un plazo para examinar la herencia, deliberar y hacer la adicion solemne, por falta de lo cual y pasado el plazo, se consideraba que no admitia la herencia. La fórmula de una institucion hecha con crecion era ésta : despues de la institucion «*Heres Titius esto*», se añadia : «*Cernitoque in centum diebus proximus quibus scies poterisque quodni ita creveris exheres esto.*» El plazo de cien dias era el más comun, aunque, sin embargo, el testador era libre en fijar otro mayor ó menor. El heredero, ántes de espirar el plazo, debia aceptar por medio de estas palabras: «*Quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.*» Si miéntras que el plazo no habia espirado declaraba que no queria ser heredero, podia volver á presentarse y hacer la crecion, porque el derecho á ésta sólo lo perdia por espirar el plazo. La crecion de que acabamos de citar un ejemplo era la que se llamaba vulgar (*vulgaris cretio*), en la cual no debia contarse el plazo impuesto al heredero, sino desde el dia en que supiese y pudiese (*quibus scies poterisque*). Pero si el testador hubiese suprimido en la fórmula estas palabras, debia principiar á correr el plazo inmediatamente despues de la apertura de los derechos, y entónces la crecion se llamaba contínua (*continua hæc cretio vocatur*). Como era más dura y severa que la otra, se usaba ménos (*quia tamen dura est hæc cretio, altera magis in usu habetur*). Tal era la crecion, de cuya palabra nos da Gayo la etimología : «*Cretio appe-*

llata est, quia cernere est quassi decernere et constituere.» Esta institucion, dejando á un lado el rigor solemne de los términos, no carecia de grande utilidad, sobre todo ántes que el pretor hubiese establecido por su edicto que daria un plazo para deliberar, pues el mismo testador, por medio de la crecion, daba este plazo é impedia que fuese incierta su herencia. Sin embargo, la crecion, todavía en pleno vigor en tiempo de Gayo y Ulpiano, de quienes hemos sacado estos pormenores (1), fué suprimida expresamente en 407 por una constitucion de Arcadio, Honorio y Teodosio, que hallamos inserta en el Código (2). Ya de esto no se trata en tiempo de Justiniano. Los otros dos modos de aceptar son los únicos que quedan, á saber:

Aut pro herede gerendo, haciendo acto de heredero, ó segun las otras expresiones del texto, *re*, por el hecho. Tenemos aquí muchos ejemplos de semejantes actos : siempre es preciso juzgarlos por la intencion que manifiestan : si indican bastante la voluntad de constituirse heredero y obrar bajo este concepto, llevan consigo la adicion ; pero no sucederá así si sólo fuesen resultado de un error ó si sólo se limitasen á medidas conservadoras (3).

Aut etiam nuda voluntate, ó, como dice más abajo el texto, *vel verbis*, es decir, por la simple declaracion, por la sola expresion de su voluntad : esto es lo que se llama la adicion propiamente dicha. Esta declaracion no se halla sometida á ninguna forma particular.

Dummodo sciat testatum intestatumve obiisse et se ei heredem esse : no hay ninguna adicion válida, si se hace ántes de la muerte del testador ó ántes del cumplimiento de la condicion, cuando se trata de una institucion condicional ; en efecto, los derechos áun no se hallan expeditos y no pueden ser aceptados. No basta que los derechos del heredero se hallen expeditos por la muerte ó por el cumplimiento de la obligacion, sino que se necesita aún que el heredero tenga conocimiento y certidumbre de ellos, pues en otro caso, ¿qué significaria por su parte una adicion hecha con ignorancia ó duda de su derecho? Es preciso, ademas, que sepa que es heredero, porque los actos que ejecutaria ignorando esta cuali-

---

(1) Gay. 2. § 164. y sig.

(2) Ulp. Reg. 22. 27 y sig.

(3) *Pro herede gerere* se toma tambien en sentido enteramente general, para todo acto ó palabra que trae consigo calidad de herederos, tambien comprendidos en la adicion expresa.

dad y obrando, por ejemplo, como mandatario y agente de negocios, no podrian llevar consigo la adicion; que sepa si lo es por testamento ó *ab intestato*, pues de otra manera y no conociendo la naturaleza de la herencia no sabria lo que aceptaba : la adicion que haria en un caso, quizá no la haria en otro ; y en fin, por la misma razon, que sepa en virtud de qué testamento, sin que sea necesario que ya haya tenido lugar la apertura de las tablas del testamento (1). Tales son las condiciones que se requieren para la validez de la adicion : fuera de ellas, la adicion sería un acto enteramente nulo y como si no hubiese ocurrido (2).

En el caso particular en que se tratase de la herencia de un ciudadano muerto violentamente, las tablas del testamento no podian abrirse, y la adicion tampoco podia hacerse ántes de que se hubiese procedido á tratar de los esclavos del difunto, segun ordenaba el senado-consulto SILANIANO, por temor de que no contribuyese el heredero por interes propio á disimular el crímen de sus esclavos (3).

Ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. La repudiacion de la herencia, lo mismo que la adicion, podia tener lugar, ya por declaracion formal, ya por actos que indicasen bastante la voluntad del heredero : «*Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis*», nos dice Paulo en sus sentencias, y hallamos este pasaje reproducido en el Digesto (4). — Sólo podia hacerse en las mismas circunstancias en que tambien pudiera hacerse la adicion. «*Si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset*» (5). — Lo mismo que la adicion, era irrevocable : el que habia repudiado no podia ya volver atras en su determinacion, á ménos que se hallase en el caso de obtener una *restitutio in integrum* (6) ; pero nada lo impediria si la herencia que ha repudiado le hubiese sido deferida por otro título, de aceptarla, por ejemplo, como sustituto ó como heredero *ab intestato* (7).

---

(1) Cod. 6. 51. 1. § 1.

(2) Véase sobre todos estos puntos, D. 29. 2. 19. 22. 32. pr. y §§ 42. 43. 51. pr. y 84.

(3) D. 29. 5. 3. §§ 18 y 29.

(4) Paul. Sent. 3. 4. 1.— D. 29. 2. 95.

(5) D. 29. 2. 13. f. Ulp.

(6) Cod. 6. 31. 4.

(7) D. 29. 2. 76. § 1.—17. f. Ulp. Es de observar que, segun el fragmento de Ulpiano, la renuncia hecha como heredero instituido no lleva consigo la renuncia como heredero legítimo; pero la renuncia hecha como legítimo, sabiendo que ha sido instituido, lleva consigo la renuncia bajo es-

Qui surdus vel mutus. Es preciso examinar aquí quiénes son las personas que pueden ó no aceptar ó repudiar una herencia. Hemos tratado de este asunto respecto del pupilo. Hemos visto que la adicion y la repudiacion entraban en el número de los actos que no podian hacerse por procurador : la persona interesada debia obrar por sí misma. De esto procedia que ni el pupilo, *infans*, ni el ciudadano demente podian aceptar la herencia que les habia sido deferida : ni su tutor ni su curador por ellos. Sin embargo, Teodosio y Valentiniano lo permitieron al tutor por el pupilo *infans* (1); y resolviendo Justiniano las dudas que podian ocurrir en cuanto al loco, permitió á su curador solicitar por él la posesion de los bienes (2). El pupilo que pasase de la infancia podia aceptar con autorizacion de su tutor (3). El pródigo legal lo podia por su sola voluntad (4) ; el sordo-mudo administrando como heredero, con tal que tuviese inteligencia de su derecho y de sus actos. Los menores de veinticinco años podian obtener la *restitutio in integrum* contra su aceptacion ; en cuanto á los que se hallaban bajo el poder de otro, no podian hacer adicion sino por el consentimiento y por órden del jefe. Al jefe le era permitido hacer por sí mismo adicion por su hijo de familia (*infans*) (5). — Con el bien entendido, por lo demas , que todo lo que acabamos de decir de la adicion se aplica igualmente á la repudiacion.

ACCIONES RELATIVAS Á LAS HERENCIAS TESTAMENTARIAS.

Al frente de estas acciones se colocan la accion de peticion de herencia (*hereditatis petitio*) y la accion de particion (*familiæ erciscundæ*), que se aplican no sólo á las herencias testamentarias, sino á todas.

La peticion de herencia (*hereditatis petitio*) se da á aquel que se conceptúa heredero, ya por sí mismo, ya por otro, para proseguir y vindicar su derecho hereditario de las manos de los que retienen

---

tas dos cualidades; porque renunciar á la herencia legítima, que sólo procede en defecto de la otra, hace suponer en cierto modo que se ha renunciado tácita y previamente á la herencia testamentaria que la precede.

(1) C. 6. 30. 18. § 2.

(2) C. 5. 70. 7. § 3.

(3) D. 29. 2. 9. f. Paul.

(4) D. 29. 2. 5. § 1.

(5) Cod. 6. 30. 18.

con perjuicio de su derecho, ya una herencia, ya una parte, una cosa ó un derecho cualquiera de esta herencia. — Esta accion es real, pero puede ademas traer consigo condenas personales. — Nunca es un objeto ó una cosa particular lo que tiene por objeto vindicar; es el mismo derecho de herencia. El que demanda sostiene que él es el heredero en totalidad ó en parte, poco importa, y sólo á consecuencia de esta calidad de heredero reclama la restitucion de las cosas hereditarias. De aquí procede que la peticion de herencia no puede ejercitarse contra todo detentador, sino sólo contra aquellos cuyo título de posesion constituye una denegacion, un impedimento del derecho hereditario del que reclama. Por esto se da contra todos los que poseen *pro herede*, esto es, como siendo herederos ellos mismos por un título cualquiera, ya por la ley, ya por testamento, fideicomiso ó posesion de los bienes; tambien se da contra los que poseen *pro possessore*, es decir, sin ningun otro título que el hecho de su posesion sin invocar ningun derecho, y que interrogados en este particular, responden: *possideo quia possideo;* pero los que poseen la cosa como habiéndoles sido dada, legada, vendida (*pro donato, pro legato, pro empto*), ó por otro título singular, no disputan en nada la calidad de heredero del reclamante, no pretenden usurpar esta calidad; no es, pues, por medio de la peticion de herencia, sino por acciones particulares segun el caso, por lo que puede el heredero reclamar, si hay lugar, las cosas que poseen. La accion en peticion de herencia no se extingue sino por la prescripcion de treinta años (1).

La accion *familiæ erciscundæ* tiene por objeto hacer que se verifique la particion de la herencia; — se da al heredero contra su coheredero; — sólo tiene lugar despues de la adicion entre los que no se disputan la cualidad de heredero; porque si se suscitasen contestaciones, sería preciso evacuarlas desde luégo por la peticion de herencia. — Sólo es aplicable á la universalidad de la sucesion, y no á objetos particulares. — El oficio del juez es adjudicar á cada uno su parte hereditaria y condenar ademas, si há lugar á ello, á los herederos á ciertas prestaciones personales, á unos respecto de otros. — La accion *famíliæ erciscundæ* es imprescriptible en el sentido de que miéntras que los coherederos permanecen en la indivision puede ser intentada para hacer cesar esta

(1) D. 5. 3. — C. 5. 31.

indivision, por largo tiempo que haya durado ; pero respecto de los que han poseido separadamente ciertas partes hereditarias, como por una particion de hecho, la accion *familiæ erciscundæ* para hacer que se verifique una particion de derecho, está prescrita por treinta años (1).

A estas acciones generales para todas las herencias, tanto legítimas como testamentarias, es preciso añadir las acciones especiales para el caso de herencia testamentaria, á saber : la accion contra el testamento inoficioso (*querela inofficiosi testamenti*), que es una especie particular de peticion de herencia *ab intestato* contra los que han sido inoficiosamente instituidos; la accion en complemento de la legítima y la accion contra las donaciones inoficiosas (*querela inoficiosæ donationis*), de las que hemos hablado suficientemente más arriba.

(1) D. 10. 2.—Cod. 3. 36 y 38.

RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.

(DESDE EL TÍTULO X AL XIX.)

SUCESIONES POR UNIVERSALIDAD.—HERENCIAS TESTAMENTARIAS.

Las sucesiones por universalidad se verificaban, no sólo por los que morian, sino tambien en muchos casos por los que vivian. Estas últimas se suprimen en la legislacion de las Institutas, y no quedan más que las primeras, esto es, las *herencias*.

La palabra *herencia* tiene dos sentidos: significa ó la sucesion á la universalidad de los bienes y derechos de una persona difunta, ó esta misma universalidad, el conjunto del patrimonio, llamado antiguamente *familia*.

Miéntras que todavía no se ha adquirido la herencia, sostiene y continúa en sí misma la persona del difunto.

La herencia se defiere por testamento ó por la ley; ésta sólo tiene lugar á falta de la otra; se excluyen absolutamente de tal modo, que, por regla general, nadie puede quedar en parte testado y en parte intestado.

Forma de los testamentos.

Los antiguos romanos tuvieron dos formas de testamentos :— uno hecho en la paz y en el descanso, en el seno de los comicios especiales, llamados *calata comitia*, de lo que procedió para los testamentos el nombre de *testamentum calatis comitiis;* el otro, hecho en el momento de partir al combate, delante del ejército,

equipado y sobre las armas (*in procinctu*); á estas dos formas primitivas de testar se agregó otra tercera, el testamento *per æs et libram*, por medio del cual el patrimonio considerado como *res mancipi*, se vendia en masa por el testador, con las formalidades de la mancipacion, á un comprador (*familiæ emptor*), que al principio era el mismo futuro heredero, y que posteriormente fué un tercero, que intervenia por pura formalidad, *propter veteris juris imitationem*. Desde entónces el testamento *per æs et libram* se compuso de dos formalidades distintas: la mancipacion de la herencia (*familiæ mancipatio*) y la nuncupacion del testamento (*nuncupatio testamenti*), ó declaracion formal que hacía el testador de sus voluntades.

El derecho pretoriano suprimió la necesidad de la mancipacion, pero exigió la imposicion exterior de los sellos de siete testigos. Los emperadores añadieron á esta formalidad la de la *suscripcion*, es decir, de la firma interior del testador y de los testigos. Y entónces, de la fusion del derecho civil con el derecho pretoriano y el derecho imperial nació la forma interior del testamento usada en tiempo de Justiniano, llamada por los comentadores *testamentum tripartitum*, porque deriva de un tercer orígen; testamento que debe hacerse en un solo contexto con la asistencia de siete testigos especialmente convocados, su suscripcion ó firma interior y la del testador, y, en fin, sus sellos.

Entre los testigos no pueden figurar las mujeres, los impúberos, los esclavos, los locos, los sordos, los mudos, los pródigos con interdiccion, las personas declaradas ímprobas é indignas de testar, los individuos de la familia del testador ó del heredero, ni el mismo heredero, aunque podia serlo, segun el derecho civil, en el testamento *per æs et libram*, en la época en que el *familiæ emptor* sólo era un tercero que intervenia. — Pero los legatarios, los fideicomisarios y los individuos de su familia pueden ser testigos.—Por lo demas, las condiciones de capacidad se deben considerar en los testigos en el momento de la formacion del testamento.

Nadie, generalmente hablando, puede tener más de un testamento; pero el mismo puede hacerse en muchos ejemplares originales.

No es indispensable que el testamento se haga por escrito. Si se ha hecho por una mera nuncupacion verbal en presencia del número de testigos que se requiere, es válido.

Los militares han obtenido de las constituciones imperiales muchos privilegios importantes relativamente á sus testamentos, ya por su propia capacidad de testar, ya por la capacidad de aquellos á quienes quieren dejar sus bienes, ya por la forma del acto, ya por la extension y la forma de sus disposiciones.—Tocante á la forma, la regla es que su voluntad, de cualquiera manera que se pruebe, con tal que lo sea, y que haya sido formal por su parte, basta para constituir válido un testamento.—Pero estos privilegios sólo existen, miéntras son militares, en los campamentos y en las expediciones. Y áun despues del licenciamiento, el testamento militar sólo conserva su validez por espacio de un año.

Hay tambien, ademas, algunos testamentos que están dispensados de las formas ordinarias, por efecto de ciertas circunstancias excepcionales.

Para testar es preciso tener la *faccion de testamento*. Esta expresion en su orígen significaba el poder de concurrir á la formacion de un testamento, bien como testador, bien como *familiæ emptor*, ó bien como testigo. Pero en el tiempo de Gayo y Ulpiano se modificó su sentido, y significaba dos cosas: 1.ª, la capacidad de hacer un testamento; 2.ª, la de recibir ó adquirir para sí ó para otro por el testamento de alguno.

La faccion de testamento en la persona del testador se compone del derecho de tener un testamento y de la capacidad de ejercitar este derecho. Hay que considerar en esto dos épocas: las de la formacion del testamento y de la muerte, y ademas el tiempo intermedio. La capacidad de ejercitar el derecho se exige en la primera época; pero el derecho en sí mismo se exige en las dos épocas, y áun en el tiempo intermedio, desde el testamento hasta la muerte sin interrupcion, salvas las modificaciones introducidas por el derecho pretoriano en este rigor de los principios.

La faccion de testamento no era de derecho privado, sino público; era preciso haberla recibido de la ley.

Los esclavos, los cautivos en poder del enemigo, los *peregrini*, aquellos cuyo estado era incierto y dudoso, los declarados *intestabiles*, y, finalmente, los hijos de familia, no la tenian. No obstante, respecto de los cautivos en poder del enemigo, el testamento hecho en el cautiverio era del todo nulo, cualquiera que fuese la cosa que sucediese; pero tocante al testamento hecho ántes del cautiverio, era válido, ya en caso de regreso á la ciudad por efec-

to del *postliminium*, ya en caso de muerte en poder del enemigo, por efecto de la ley *Cornelia*. Respecto de los hijos de familia, les fué permitido testar, primero sobre su peculio castrense, y despues por su peculio cuasi castrense.

Los impúberos, los locos, los pródigos con interdiccion, los sordos y los mudos, sin medios de manifestar su voluntad, estaban privados, no del derecho de tener un testamento, sino de la capacidad de hacerlo. Los ciegos sólo podian testamentar con las formalidades prescritas por el emperador Justiniano.

Desheredaciones.

A pesar de la latitud que el derecho primitivo dejaba al jefe de familia en la disposicion testamentaria de sus bienes, se vió precisado, tanto por la interpretacion como por la autoridad de los pretores y de los emperadores, á instituir ó á desheredar formalmente á aquellos que, estando bajo su potestad, debian ser herederos con arreglo á la ley.

La desheredacion se practicaba de dos maneras, ó nominalmente (*nominatim*) : *Titius filius meus exheres esto*, ó colectivamente (*inter ceteros*) : *ceteri exheredes sunt*. Por lo demas, para que pudiese haber lugar á desheredar á un ascendiente, era necesario absolutamente que fuese heredero suyo : porque para alejarlo de la herencia (*exheredare*) era preciso que fuese llamado á ella.

Segun el derecho civil, los hijos sometidos sin intermediario á la potestad del jefe, siendo para sí solos herederos suyos, sólo ellos debian ser desheredados; respecto de éstos, habia una diferencia entre los hijos varones en el primer grado, y las hijas, nietas ú otras. Los primeros debian ser desheredados nominalmente, y su omision anulaba el testamento desde su orígen; las otras podian ser desheredadas en masa (*inter ceteros*), y en caso de omision sólo tenian derecho de presentarse en concurso para una determinada parte con los herederos instituidos.

Siendo los póstumos personas inciertas, no podian, conforme al derecho civil, ni ser instituidas ni desheredadas anticipadamente; su nacimiento, cuando eran herederos suyos, debia por precision romper el testamento anterior. Para prevenir este rompimiento permitió el uso al jefe de familia instituir ó desheredar á los póstumos suyos. Los varones debian ser desheredados nominalmente: es decir, por designacion especial de la clase de los póstumos va-

rones; respecto de las hembras, estaban comprendidas en la desheredacion colectiva, *ceteri exheredes sunto*, con tal que el testador hubiese indicado, al dejarles un legado, por pequeño que fuese, que las habia tenido presentes y las habia comprendido en esta desheredacion general.

La ley JUNIA VELEYA hizo extensivo este permiso á los hijos que podian nacer ántes de la muerte del testador, pero despues de la formacion del testamento; permitió tambien desheredar anticipadamente á los que, ya nacidos en el momento del testamento, pero habiendo sido precedidos en la familia por su padre, no eran herederos suyos en esta época, pero podian serlo en adelante, si su padre moria ó salia de la familia.—Los hijos á quienes se referia esta ley han sido llamados *cuasi-póstumos veleyanos.*

La omision de un póstumo ó de un cuasi-póstumo no anulaba el testamento desde su principio, pero se rompia al tiempo de su agnacion ó cuasi-agnacion.

Habiendo llamado el derecho pretoriano á los hijos emancipados á la posesion de los bienes en la clase de herederos suyos, impuso la necesidad de instituirlos ó desheredarlos; de otra manera, les daba la posesion de los bienes contra las tablas del testamento.

Por lo que toca á los hijos adoptivos, miéntras pertenecian á la familia adoptiva, el padre adoptivo sólo estaba obligado á instituirlos ó desheredarlos; pero si habian sido emancipados en vida de su padre natural por su padre adoptivo, aunque segun el derecho civil ninguno estaba ya obligado á instituirlos ó desheredarlos; el pretor, llamándolos á la posesion de los bienes en la sucesion del padre natural, imponia á éste la misma obligacion respecto de ellos, que respecto de los hijos que hubiese emancipado él mismo.

Justiniano suprimió toda diferencia entre los hijos por una parte y las hijas ó nietas por otra, y respecto de los póstumos, entre los del sexo masculino y los del femenino. La desheredacion debe hacerse nominalmente para todos sin distincion, y su mision produce la nulidad en el rompimiento entero del testamento.—Confirma el derecho pretoriano respecto de los hijos emancipados. Respecto de los hijos adoptivos, se remite al nuevo derecho que estableció para la adopcion, y segun este derecho, no destruye la patria potestad del padre natural y sólo da derechos *ab instestato* tocante á la sucesion del padre adoptivo, á ménos que la adopcion no haya sido hecha por un ascendiente.

Institucion de heredero.

La institucion de heredero es la designacion de aquel ó de aquellos que el testador quiere por herederos; es como la cabeza ó el fundamento de todo el testamento. El fundamento, porque si la institucion fenece, todas las demas disposiciones fenecen del mismo modo.—La cabeza, porque antiguamente debia por necesidad ser colocada á la cabeza del testamento; segun Justiniano, importa poco su lugar, con tal que lo tenga. Debia tambien hacerse en términos solemnes concebidos imperativamente en el estilo de la ley; Constantino II suprimió esta solemnidad de términos.

Pueden ser instituidos herederos aquellos que tienen faccion de testamento con el testador.—Entre las personas privadas, ya de esta faccion, ya del derecho de percibir en totalidad ó en parte, estaban los dediticios, los Latinos-Junianos, las mujeres, los célibes, las personas sin hijos, las personas inciertas, y por consiguiente, los póstumos, exceptuando los póstumos suyos; en tiempo de Justiniano no se trata ya de ninguna de estas incapacidades. Pero los *peregrini*, los deportados, los apóstatas y los herejes no pueden aún ser instituidos; y hay, ademas, algunas causas de incapacidad relativa, respecto de los hijos incestuosos del segundo cónyuge y de los hijos naturales.

Prescindiendo de estos diferentes casos, todos los romanos y sus esclavos por ellos tienen faccion de testamento.

En cuanto á los esclavos, se puede instituir á los suyos propios y á los de otro.—Respecto de los suyos propios, se necesitaba en otro tiempo, en sentir de ciertos jurisconsultos, manumitirlos expresamente por el mismo testamento. Justiniano suprime esta controversia: la institucion supone de pleno derecho la manumision. Es preciso distinguir en ella si han quedado ó no en la misma situacion, es decir, en poder del testador; miéntras permanecen en él, la validez de su institucion depende esencialmente de la manumision expresa ó tácita que va unida á ella; y llegando á morir el testador, se hacen á la vez, en virtud del testamento, libres y herederos necesarios. Pero si mudan de condicion, esto es, si son manumitidos ó enajenados en vida del testador, sucede en la época de su institucion como si se tratase de los esclavos de otro.—Respecto de éstos, puede instituírseles, si se tiene faccion con el dueño,

áun cuando pertenezcan á una herencia vacante, porque la herencia, miéntras no es recogida, representa al difunto. La herencia no es adquirida de pleno derecho y por necesidad por los esclavos así instituidos; sólo lo es voluntariamente por la adicion, y sólo en el momento de la adicion por ellos mismos, si son libres en aquel tiempo; si no, por el dueño que tiene entónces, y por cuya órden se hace la adicion; porque puesta la institucion en cabeza de un esclavo, le sigue de mano en mano y va unida al dominio hasta la adicion. Si tiene muchos dueños, adquiere la herencia proporcionalmente para cada uno de aquellos por los que se hizo la adicion.

Pueden instituirse uno ó muchos herederos; pero á uno solo ó á todos ellos es preciso que tengan la herencia, y que no tengan más que la herencia. Por lo tanto, si la distribucion de partes hecha por el testador no completa ó pasa de la herencia, estas partes deben ser proporcionalmente aumentadas ó reducidas.

Los romanos inventaron en este particular un sistema ingenioso, que consistia en dar á cada heredero, cualquiera que fuese su número, una cantidad cualquiera de partes á voluntad del testador: el valor de cada una de estas partes se determinaba despues por su número total; de manera que sumadas nunca llegaban ni á más ni á ménos que la herencia.—Sin embargo, un uso sacado del sistema numérico de entónces hacía verificar comunmente esta division en doce partes llamadas *onzas;* porque se consideraba la herencia como un *as*, es decir, como un entero cualquiera, que se trataba de pesar y distribuir por peso entre los herederos. Por lo demas, esto sólo era una costumbre, pero no una ley, y el testador era dueño siempre de dividir su herencia en tantas onzas cuantas queria.—Pero si habia dejado uno ó muchos herederos sin partes, entónces la costumbre se hacía regla; se creia necesariamente que habia seguido la division comun del *as* en doce onzas por simple peso; en veinte y cuatro onzas por doble peso (*dupondio*); en treinta y seis onzas por triple peso (*tripondio*), y así consecutivamente segun el número de partes yá indicadas por él; y el que ó los que estaban instituidos sin partes determinadas, tomaban todas las que quedaban para completar las doce, las veinticuatro ó las treinta y seis onzas de que debia componerse la herencia.

La institucion puede hacerse pura y simplemente ó bajo condicion; no puede hacerse desde un término fijo ni hasta un término fijo; pero puede hacerse desde un término incierto, porque en los

testamentos el término incierto forma condicion.—Los términos fijos ó las condiciones imposibles y contrarias á las leyes, puestos en una institucion no la anulan, pero se las considera como si no estuviesen y la institucion como pura y simple.—En el caso de institucion condicional, el cumplimiento de la condicion no tiene efecto retroactivo en el sentido de que el derecho del instituido condicional se tenga por abierto desde el dia de la defuncion del testador; sólo se abre en el momento de este cumplimiento y se arregla por las condiciones de capacidad en esta época.

Sustituciones.

Las sustituciones, cuyo nombre se deriva de *sub-instituere*, instituir por debajo, no son todas ellas más que instituciones condicionales, colocadas secundariamente bajo una institucion principal; todas tenian por objeto prevenir ciertas eventualidades de morir intestado.—Se las distinguia de dos maneras: la *vulgar* y la *pupilar*. Justiniano añadió otra: la *cuasi-pupilar* ó *ejemplar*.

La sustitucion vulgar, denominada así porque era la más frecuente, es una institucion condicional para los casos en que los primeros instituidos no eran herederos, ya por negarse á ello, ya por incapacidad.—Puede darse á esta institucion tantos grados cuantos se quiera; sustituir muchos á uno solo, ó uno solo á muchos, ó uno á tal ó cual, ó tambien los instituidos entre sí mismos.— En este último caso, los que son herederos perciben la parte de los que no lo son, no por derecho de acrecion, sino por derecho de sustitucion; no en ejecucion de su primera adicion, sino por una adicion nueva, y si son todavía capaces de recibir; no por fuerza, sino por voluntad. Por lo demas, á ménos que no haya disposicion en contra, tienen en la sustitucion las mismas partes que en la institucion.—El que es sustituido á un sustituido, se juzga serlo igual y tácitamente al mismo instituido, sin distinguir si son los derechos de este instituido ó de su sustituido inmediato los que primero han caducado.

La sustitucion vulgar fenece por las mismas causas generales que hacen fenecer todas las instituciones, y ademas, si la condicion bajo la que se ha hecho fenece, es decir, si el instituido se hace heredero.—En sentido inverso, se abre cuando despues de la apertura de la sucesion se evidencia que el instituido no es heredero.

La sustitucion pupilar es la institucion de un heredero hecha por el jefe de familia en su propio testamento, para la herencia del hijo impúbero sometido bajo su potestad, en el caso de que este hijo, despues que él, muriese impúbero. Es, propiamente hablando, el testamento del hijo hecho por el jefe, como parte accesoria del suyo. — Una misma persona puede ser sustituida al hijo ó á un mismo tiempo vulgar y pupilarmente : y áun á ménos de haber una declaracion contraria, una de estas sustituciones lleva siempre consigo la otra.

Se puede sustituir á los hijos y á los nietos que se tienen bajo su potestad sin persona intermedia, y es preciso que esa potestad exista en el mómento de la sustitucion y de la muerte ; lo mismo á los que han sido desheredados que á los que han sido instituidos; á los póstumos en el caso en que, suponiéndolos nacidos á la muerte del testador, naciesen bajo su potestad sin persona intermedia, y á los cuasi-póstumos. — Para los impúberos adrogados, el adrogante da caucion al sustituido de entregarle los bienes del adrogado si muere ántes de la pubertad, y la sustitucion pupilar que el adrogante hubiese hecho, sólo recaerá sobre los bienes que de él procedan. — La sustitucion puede hacerse, ya á cada uno de los hijos, ya al último que muera impúbero.

El padre puede sustituir pupilarmente á todos aquellos á quienes puede instituir por sí mismo, y si respecto de él tienen la cualidad de herederos necesarios, la tendrán tambien respecto del hijo. — Puede sustituir á todos los demas que no sean sus herederos, ya nominalmente, ya en general : en este último caso son llamados los que hayan sido á un tiempo, ya inscriptos, ya herederos.

La sustitucion pupilar puede hacerse, ya en el mismo testamento que la institucion, ya en un testamento posterior y separado ; pero es siempre parte accesoria del testamento paterno, y si éste se invalida, aquélla tambien. — Sin embargo, el menor efecto que se conserve al testamento, ya por el derecho estricto, ya por el derecho pretoriano, basta para que se mantenga la sustitucion.

La sustitucion queda sin efecto si la condicion llega á faltar, es decir, si el hijo llega á la pubertad : otras muchas causas, ya particulares, ya generales á todas las instituciones, la hacen que igualmente quede sin efecto.

Cuando se verifica y produce sus efectos abraza todos los bienes que componen la herencia del impúbero ; el testador no podria hacer excepcion de ninguna parte.

El privilegio militar produce muchas excepciones á estas reglas en favor de los militares.

Puede obtenerse por rescripto del príncipe la autorizacion de sustituir aún á su hijo púbero, á quien la circunstancia de ser sordo-mudo, demente, ó cualquiera otra causa, le impida hacer por sí mismo su testamento.

Generalizando Justiniano esta autorizacion, ha tomado de ella para el caso de demencia una sustitucion particular, llamada por los comentadores *ejemplar* ó *cuasi-pupilar*, que se diferencia de la sustitucion pupilar : 1.°, en que todos los ascendientes tienen facultad de hacerla, ya tengan ó no la patria potestad ; 2.°, en que no les es permitido llamar por esta sustitucion á la herencia del insensato, sino á ciertas personas designadas en primer lugar por la ley.

Invalidacion de los testamentos.

El testamento es *injustum*, *non jure factum*, *imperfectum*, cuando no ha sido hecho segun derecho, y cuando se han omitido en su formacion algunas de las reglas indispensables para su validez. En este caso es nulo desde su principio (*nullum ab initio ; nullius momenti ; inutile*).

El testamento, aunque válido al principio, se hace roto (*ruptum*) cuando ha sido roto y revocado por la agnacion ó cuasi agnacion posterior de un heredero suyo, ó por un testamento posterior.—El rompimiento por la agnacion ó cuasi-agnacion puede en ciertos casos evitarse, segun las reglas expuestas acerca de la institucion y desheredacion.— Para romper un testamento no es indispensable hacer otro : la destruccion voluntaria del acto mismo sería una suficiente revocacion. Segun una constitucion de Teodosio, los testamentos no debian ser ya válidos despues de diez años de fecha; pero Justiniano exige, ademas, que su revocacion sea declarada por acto auténtico, ó ante tres testigos.

El testamento es *irritum* cuando, siendo regular y válido en sí mismo, se hace, sin embargo, inútil, porque el testador ha cambiado de persona, de estado y de capacidad. Todas las disminucio-

nes de cabeza producen este efecto, exceptuando los privilegios que proceden del estado militar.

Aunque rotos (*rupta*) ó hechos inútiles (*irrita*), los testamentos, segun el derecho riguroso, podian, á pesar de esto, conservar su efecto en el derecho pretoriano y servir para alcanzar la posesion de los bienes *secundum tabulas*, porque el pretor no consideraba para la validez más que dos épocas : la de la formacion del testamento y la de la defuncion, sin atender al tiempo intermedio. De manera que si el rompimiento ó la disminucion de cabeza acaecida en el tiempo intermedio era reparada ántes de la defuncion, el edicto prestaba al testamento su efecto pretoriano.

Testamentos inoficiosos y porcion legítima.

El testamento inoficioso es aquel que es contrario á los deberes de la piedad entre parientes (*quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*).—Aunque válido segun el derecho riguroso, se introdujo el uso de declarar su nulidad, no pudiendo juzgarla resultado de una voluntad racional y reflexiva.

La accion de inoficiosidad se da en el caso de desheredacion ú omision, hechas sin justos motivos á los hijos, ascendientes, hermanos ó hermanas, entendiéndose en el órden en que hayan sido llamados á la herencia *ab intestato ;* pero á los hermanos y hermanas, sólo en el caso en que el testador los haya excluido para instituir á personas viles. Las causas que podian justificar la desheredacion ú omision quedaban á la apreciacion del juez. Justiniano las fijó y determinó en una novela.

Si el testador habia dejado á su heredero de sangre una parte suficiente de estos bienes, por medio de legados, fideicomisos ó de otro modo, el testamento dejaba de poder ser considerado como inoficioso. La cantidad de esta parte no estaba determinada al principio ; pero segun la ley Falcidia, ya por el mismo texto, ya por extension de esta ley, se fijó en la cuarta parte. — Entónces fué cuando se llamó á la porcion debida por las leyes la porcion legítima, ó simplemente, en el lenguaje de los comentadores, la legítima. — Esta suma ha sido aumentada por una novela de Justiniano.

La parte legítima se calcula sobre la masa de bienes que existen en el dia de la defuncion, comprendiendo en ella los legados, los

fideicomisos y donaciones por causa de muerte, pero hecha la deduccion de los gastos funerales, de las deudas y manumisiones. Las donaciones entre vivos no están comprendidas en la masa.— Todo lo que el heredero de sangre ha recibido por disposicion testamentaria ó por causa de muerte, se imputa sobre la legítima; respecto de las donaciones entre vivos, la imputacion sólo tiene lugar para algunas de ellas.

Era indispensable que el testador hubiese dejado completamente la parte legítima, ó por lo ménos que hubiese mandado formalmente que en caso de insuficiencia fuese completada : Justiniano suprime la necesidad de esta declaracion formal. — De manera que si el testador no ha dejado nada al heredero de sangre, éste tendrá la accion de inoficiosidad para hacer anular el testamento por entero ; pero si le ha sido dejada alguna cosa, por poco que sea, sólo tendrá la accion en complemento de su parte legítima.

En los casos de anulacion por causa de inoficiosidad todas las disposiciones del testamento fenecian, y se abria la herencia *ab intestato*. Segun una novela de Justiniano, sólo fenecerá la institucion ; pero los legados, los fideicomisos y las manumisiones conservarán todo su efecto.

La accion por causa de inoficiosidad se extinguia por la aprobacion concedida directa ó indirectamente al testamento ; por la prescripcion, que antiguamente era de dos años, y despues de cinco, y por la muerte del heredero de sangre acaecida ántes que hubiese intentado ó por lo ménos preparado su accion.—Estas causas de fenecimiento no se aplicaban á la accion en complemento de la porcion legítima.

Diferentes casos de herederos : adquisicion y omision de las herencias.

Distínguense tres clases de herederos, respecto de los que las reglas acerca de la adquisicion ú omision de las herencias se diferencian esencialmente.

1.° Los herederos *necesarios*, á saber : los esclavos del testador instituidos por él, y que han permanecido en la misma condicion; para ellos la adquisicion de la herencia tiene lugar necesariamente y de pleno derecho. — No pueden repudiarla ; sólo el pretor les permite aprovecharse del beneficio de separacion de los bienes que

concede á determinadas personas.—En virtud de este beneficio, el esclavo heredero necesario, aunque sujeto á la accion de los acreedores del difunto, no podrá estarlo sino sobre los bienes de la herencia.

2.° Los herederos *suyos* y *necesarios*, á saber : los hijos sometidos á la potestad del difunto que han llegado á ser herederos, ya por su clase *ab intestato*, ya por la institucion que ha hecho de ellos. Llámaseles herederos *suyos*, porque siendo copropietarios en los bienes de la familia, son, en cierto modo, herederos de sí mismos (*sui heredes*).—Respecto de ellos, la adquisicion tiene lugar tambien de pleno derecho y por necesidad. No pueden repudiar la herencia; pero el pretor les permite abstenerse de ella.— Por medio de esta abstencion, aunque queden siendo herederos segun el derecho estricto, los acreedores no pueden ejercitar contra ellos ninguna accion, y los bienes del difunto serán vendidos como si no hubiese ningun heredero.

Síguese de esto que relativamente á los herederos *necesarios* y á los herederos *suyos* y *necesarios* nunca hay *adicion de herencia*.— Pero sólo relativamente á estos últimos puede haber *inmiscion*, esto es, acto por medio del cual, mezclándose en la herencia, renuncian á la facultad que tenian de abstenerse, y así se comprometen con los acreedores.

3.° Los herederos *extraños*, que son libres de aceptar ó de repudiar la herencia. — Respecto de ellos en lo tocante á su incapacidad y á la naturaleza de sus derechos, es preciso distinguir tres épocas : 1.ª, la de la formacion del testamento : el derecho empieza sólo en esperanza ; 2.ª, la de la defuncion, ó el cumplimiento de la condicion si la institucion es condicional : su derecho se abre, pero todavía no se adquiere; 3.ª, la de la adicion de la herencia : se adquiere su derecho. —La capacidad de los herederos extraños debe existir en cada una de estas tres épocas. —En el primer intervalo importa poco que pierdan esta capacidad, con tal que la recobren ántes de la defuncion del testador, y ántes del cumplimiento de la condicion; pero despues de esta segunda época, su capacidad debe continuar sin interrupcion hasta la adicion, porque habiendo sido abierto su derecho, si se hacen incapaces lo pierden irrevocablemente. — Así, pues, cuando el instituido muere ó deja de ser ciudadano despues de la apertura de la herencia, pero ántes de haber

hecho adicion, no trasmite su derecho á los herederos, porque áun no lo habia adquirido.

Tal era el derecho riguroso; sin embargo, observarémos que habia recibido algunas modificaciones.

La palabra *adicion* procede de *adire hereditatem*, esto es, *ire ad hereditatem*, ir á la herencia. —En otro tiempo podia la adicion tener lugar de tres maneras : 1.ª por la *crecion*, especie de declaracion que debia ser hecha en términos sacramentales, en el plazo determinado por el testador, pero sólo cuando el testador la habia impuesto formalmente. Esta crecion no existe ya despues de los emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio ; 2.ª, por la adicion propiamente dicha, es decir, por la declaracion expresa hecha verbalmente ó por escrito, pero sin necesidad de términos sacramentales de que se acepta la herencia ; 3.ª, por medio de actos de heredero (*pro herede gerendo*), esto es, mezclándose en los asuntos de la herencia, y ejecutando en ella actos que sólo pueden hacerse en calidad de heredero, y que prueban la intencion de aceptar esta calidad. Para que la adicion sea válida es de todo punto necesario que la herencia haya sido abierta por la defuncion ó por el cumplimiento de la condicion; que esta apertura se verifique con conocimiento del que hace adicion ; que sepa, ademas, si sucede *ab intestato* ó por testamento, y en este caso, por qué testamento. Las mismas reglas se aplican á la repudiacion, la que, lo mismo que la adicion, puede tener lugar, ya por medio de una declaracion expresa, ya por medio de actos.

Segun el derecho civil, no se señalaba ningun plazo al instituido para aceptar ó repudiar ; pero por las persecuciones de los acreedores, de los legatarios ó de cualesquiera otros interesados, le era preciso pronunciarse. —El pretor estableció en su edicto que en lo tocante á estas persecuciones le daria un plazo para deliberar. Este plazo podia ser extendido por los magistrados hasta nueve meses, y por el Emperador hasta un año. A su fenecimiento el instituido estaba precisado á pronunciarse. No haciéndolo así, se creia que aceptaba respecto de los acreedores ó legatarios si las persecuciones se hacian por ellos, ó que renunciaba respecto de los sustituidos ó herederos *ab intestato* perseguidores.

La adicion llevaba consigo la obligacion de todas las cargas y deudas de la herencia: era irrevocable. Sin embargo, los menores de veinticinco años podian ser restituidos por entero contra la adi-

cion que les perjudicase. — Los mayores de veinticinco años no podian obtener restitucion sino por rescripto imperial y por favor especial é individual, fundado en algunas circunstancias excepcionales.—Gordiano fué el primero que estableció en favor de los militares que no fuesen nunca obligados por las deudas más allá de lo que diese de sí la sucesion. De esto sacó Justiniano lo que se llama *beneficio de inventario*, con arreglo al cual el mismo derecho existe en beneficio de todos los que hayan tenido cuidado de hacer formar, en los plazos y segun las formas requeridas, un inventario de todas las cosas que componen la herencia.

El beneficio de inventario no se acumula con el plazo para deliberar; puede el instituido, si lo prefiere, recurrir á este antiguo derecho, y solicitar un plazo para deliberar; pero entónces, al fenecimiento del plazo es preciso que acepte ó que repudie pura y simplemente.

Acciones relativas á las herencias testamentarias.

Estas acciones son : la accion en peticion de herencia (*hereditatis petitio*) y la accion de particion (*familiæ erciscundæ*), aplicables á todas las herencias en general ; y ademas, la accion contra el testamento inoficioso (*querela inofficiosi testamenti*), la accion en complemento de la legítima, y la accion contra las donaciones inoficiosas (*querela inofficiosæ donationis*), especiales las tres á los casos de herencia testamentaria.

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

Post hæc videamus de legatis. Quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur; nam loquimur de iis juris *figuris* quibus per universitatem res nobis adquiruntur. Sed cum omnino de testamentis, deque heredibus qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

TÍTULO XX.

DE LOS LEGADOS (1).

Ocupémonos ahora de los legados. Parece que este asunto no pertenece á nuestra materia: porque tratamos en este lugar de los medios jurídicos de adquirir por universalidad. Sin embargo, como acabamos de terminar lo que teniamos que decir acerca de los testamentos y de los herederos instituidos por testamento, no está fuera de lugar oportuno tratar á continuacion la materia de los legados.

Hay un principio en esta materia, del que es preciso penetrarse á fondo : un carácter esencial y distintivo separa radicalmente en el derecho civil de los romanos la institucion de heredero del legado y de todas las demas disposiciones mortuorias.

El heredero es el continuador de la persona del difunto; hé aquí lo que los comicios han admitido, para ocupar despues de la muerte de tal ciudadano su lugar en la ciudad; hé aquí al que ha comprado la familia y el patrimonio (*familiæ pecuniæque emptor*); á aquel en quien la persona jurídica del difunto transmigra y va á perpetuarse ; al que absorbe en sí el pasado de otro, y que en el órden del dominio y de los empeños civiles se juzga que ha hecho todo lo que ha hecho aquel otro activa ó pasivamente. La designacion de este sucesor es la institucion de heredero.

Pero prescindiendo de esta representacion de su persona jurídica, el ciudadano ha podido disponer de sus bienes para el tiempo en que ya no existiria; transmitir á otros ó la propiedad ó los derechos de crédito contra su heredero, ó tambien una parte cuota, la tercera parte, la mitad, hasta la totalidad de sus bienes, sin establecer más relacion entre los que reciben estas liberalidades y su sucesion, que la de adquirentes ó acreedores.

Ha podido usar de estas liberalidades, ya tratando él mismo en

---

(1) ORÍGENES: *Antes de Justiniano,* Gay. 2. § 191 hasta 223. — Ulp. Reg. tít. 24. *De legatis.*— Paul. Sent. 3. 6. *De legatis.* — *En tiempo de Justiniano:* Dig., lib. 30, 31 y 32. *De legatis et fideicommissis,* 1.°, 2.° y 3.°; y libs. sigs.—Cod. 6. 43. *Communia de legatis et fideicommissis;* y hasta el título 55.—*Despues de Justiniano:* Basilicas, lib. 43, περί λεγατίων (*de los legados*), tít. 1 hasta 31.

vida con el que ha querido galardonar, conformándose sus dos voluntades: ésta es la donacion por causa de muerte, que bastará recordar aquí.

Ya por su testamento, mandando imperativamente, imponiendo una ley, á la que deberá acomodarse el heredero (*legem dicere; legare*); éste es el legado (*legatum; quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur*) (1).

O ya finalmente, por otro acto cualquiera, en circunstancias y con formas no obligatorias para el heredero: rogándole, manifestándole su deseo; confiando la disposicion á su buena fe: éste es el fideicomiso (*fideicomissa; quæ precativo modo relinquuntur*) (2).

Ninguno de los que han recibido estas dádivas, sea lo que fuese lo que se les ha dejado, aunque fuese una parte cuota ó la totalidad de los bienes, será continuador de la persona del difunto; aquí no hay más que adquirentes ó acreedores sin ninguna confusion de personas.

Tal es el derecho civil en toda su pureza; el tiempo ha introducido en él modificaciones que Justiniano aumentó, y estos caractéres, tan marcados en otro tiempo, se han confundido en muchos puntos.

I. Legatum itaque est, donatio quædam á defuncto relicta.

1. El legado es una especie de donacion dejada por un difunto.

El legado es una especie de donacion (*dono datio*): —Muchas veces es una *datio*, es decir, una traslacion de propiedad, porque lleva frecuentemente en sí misma esta traslacion, y sin tradicion de la cosa; entra en el número de los medios civiles de adquirir. Verémos, sin embargo, que hay muchas circunstancias, áun en tiempo de Justiniano, en que no puede producir, y en efecto no produce, sino un derecho de crédito; la voz *datio* en tal caso es impropia y adulterada de su primitiva significacion. Esta *datio* se ha hecho *dono*, dón, por liberalidad; y éste es un carácter esencial que no puede faltar nunca al legado; donde no hubiese liberalidad no habria legado; tendrémos bastantes ocasiones de ver la aplicacion de esto. En fin, esta donacion es de una especie particular;

(1) Ulp. Reg. 24. § 1.

(2) Ib.— Paulo dice, sin embargo: «*Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continentur.*» Dig. 32. 3.° 87; pero es refiriéndose al sentido que tenía esta palabra en las disposiciones de la ley Julia y Papia. Por lo demas, ya hemos visto arriba la generalidad primitiva de esta expresion.

tiene sus reglas propias y sus efectos propios; se realiza sin el concurso de voluntades entre el que da y aquel á quien se da. Sólo despues de la muerte del donante tendrá que pronunciarse el legatario.

Los caractéres indispensables al legado en su estado primitivo han desaparecido ó se han atenuado bajo el imperio de Justiniano, y ya no se encuentran en la definicion que da de ellos.

1.° El legado originariamente no podia hacerse sino en caso de herencia testamentaria y por el mismo testamento. Sólo dándose uno á sí mismo su heredero, el continuador de su persona, se podia en el mismo acto imponerle su ley privada (*legata*); por lo que toca al heredero *ab intestato*, el heredero llamado por la ley general, si llegaba á serlo en virtud de esta ley, y no por la institucion particular del difunto, este último nada tenía que imponerle, ni hacerle ningun mandato. En tal caso podia definirse el legado como lo define Ulpiano: «Quod legis modo *testamento* relinquitur» (1); ó como Modestino: «Donatio *testamento* relicta» (2).— Despues de Augusto se permitió hacer legados por codicilo, refiriéndose á un testamento anterior ó posterior (3): la palabra *testamento* no es, pues, rigurosamente exacta en la definicion del legado.—Finalmente, en tiempo de Justiniano, aunque quedó en pié el principio de que no hay verdadero legado en una herencia *ab intestato*, queda en realidad sin efecto, porque los legados permanecen válidos, al ménos como fideicomisos.

2.° Originariamente habia palabras consagradas para la constitucion de los legados: debian ser imperativas. Por esta razon dice Ulpiano: «Quod *legis modo, id est imperative* relinquitur», en oposicion á los fideicomisos: «quæ *precativo modo* relinquitur» (4). En tiempo de Justiniano no hay ya consagracion de palabras; estas expresiones deben, pues, desaparecer de la definicion.

3.° Por último, algunas ediciones añaden á la definicion: *ab herede præstanda*, palabras que desechamos, no por inexactas, sino como añadidura de copiante. Aludirian acaso á la otra regla originaria de que sólo el heredero puede ser gravado con legados; en efecto, no puede legarse con carga de ningun legatario, de ningun

(1) Ulp. Reg. 24. § 1.
(2) Dig. 31. 2.° 36. f. Modest.
(3) V. más adelante, tít. 25.
(4) Ulp. Reg. 24. § 1.

fideicomisario, ni de ningun sucesor, á cualquiera que no fuese el heredero testamentario (1). En tiempo de Justiniano esta regla, conservada siempre como principio, de hecho no producia ya ningun resultado, pues la disposicion valia siempre como fideicomiso.

Nos vemos, pues, conducidos á examinar, ántes que todo, las alteraciones introducidas por Justiniano. Y desde ahora las que resultan de la supresion de todas las diferencias que sólo proceden de los términos.

En efecto, antiguamente el uso de los términos constituia, al principio, la separacion de los legados y de los fideicomisos; — y despues, en los mismos legados, su distincion en várias clases, que producen derechos diferentes. De ambas materias tratan los dos siguientes párrafos.

II. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: *per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem;* et certa quædam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed *ex constitutionibus divorum principum* solemnitas hujus modi verborum penitus sublata est. *Nostra autem constitutio* (2) quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, *ut omnibus legatis una sit natura,* et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, et per hypothecariam: cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

2. En otro tiempo habia cuatro especies de legados: los legados *per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem;* con una fórmula particular para expresar cada uno de ellos. Pero esta solemnidad de palabras desapareció enteramente por las constituciones imperiales. Y deseando nosotros, por fin, dar más fuerza á la voluntad de los moribundos, y más respeto á su intencion que á las palabras, hemos mandado en *una constitucion* formada con esmero, que *todos los legados sean de una misma naturaleza;* que todo legatario, cualesquiera que sean los términos empleados por el testador, tenga en la persecucion de su legado, no sólo las acciones personales, sino tambien la accion real y la accion hipotecaria. La lectura de esta constitucion bastará para demostrar toda la sabiduría de estas medidas.

Per vindicationem. Hé aquí las fórmulas de este legado: HOMINEM STICHUM DO, LEGO; ó bien, DO; ó CAPITO, SUMITO, SIBI HABETO (3). Se le llama *per vindicationem*, dice Gayo, porque inmediatamente despues de la adicion la cosa legada se hace la propiedad *ex jure Quiritium* del legatario que puede vindicarla. Sin embar-

(1) Gay. 2. §§ 260 y 271.
(2) Se puede ver en el Cod. esta constitucion ó á lo ménos una parte de ella. Cod. 6. 43. 1.
(3) Gay. 2. § 193.—Ulp. Reg. 24. §. 3.

bargo, las dos escuelas de jurisconsultos habian disentido en este punto; segun los sabinianos, se adquiria la propiedad inmediatamente despues de la adicion, áun ignorándolo el legatario, excepto el caso de repudiarla, que entónces quedaba sin efecto, como si el legado no hubiese nunca existido. Mas por el contrario, segun los Proculeyanos, la propiedad se adquiria por la sola voluntad del legatario. Un rescripto de Antonino Pío pareció hacer prevalecer esta última opinion (1). El testador no podia legar de esta manera sino las cosas de que tenía el dominio *ex jure Quiritium*, tanto en el momento de la formacion del testamento, cuanto en el de la muerte; sin embargo, esté último bastaba para las cosas que se apreciaban en peso, número ó medida, como el vino, el aceite, el trigo y las monedas (2).

Per damnationem. Las fórmulas de este legado son, por ejemplo: HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE; ó bien, DATO, FACITO, HEREDEM MEUM DARE JUBEO (3). El legatario no se hace por la adicion propietario de la cosa de esta manera legada; tiene sólo una accion *in personam* contra el heredero, para sostener que éste se halla obligado á dar (*dare*, transferir la propiedad), prestar (*præstare*), ó hacer (4). Este legado, por la naturaleza misma de los derechos que confiere, puede aplicarse tanto á la cosa del testador, cuanto á la del heredero ó á la de otro, á cosas futuras que todavía no se han presentado y que áun no se presentarán hasta despues de la muerte del testador, á toda clase de prestaciones, á acciones que consistan en hacer ó no hacer; y en una palabra, á cuanto puede ser objeto de una obligacion (5). Así se le llama el legado por excelencia: *optimum jus legati*, ó simplemente *optimum jus* (6). El legado *per vindicationem* es un legado de propiedad; y el legado *per damnationem* no es más que un legado de crédito ó deuda.

Sinendi modo: por esta fórmula: «HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM SUMERE ILLAM REM SIBIQUE HABERE» (7). Aquí el heredero es condenado á dejar tomar; así este legado puede

(1) Gay. 2. §§ 194 y 195.
(2) Ib. 196.—Ulp. 24. § 7.
(3) Gay. 2. § 201.—Ulp. Reg. 24. § 4.
(4) Gay. 2. § 204.
(5) Gay. 2. §§ 202 y 203.—Ulp. Reg. 24. §§ 8 y 9.
(6) «*Optimum autem jus est per damnationem legatum.*» — Gay. 2. § 197. — «*Optimum autem jus legati per damnationem est.*» Ulp. Reg. 24. § 11.
(7) Gay. 2. § 209.—Ulp. Reg. 24. § 5.

aplicarse tanto á las cosas del testador cuanto á las del heredero; y con tal que la propiedad exista en sus manos en el momento del fallecimiento, esto basta. Pero este legado no puede aplicarse á cosas de otro (1). Ofrece más latitud, dice Gayo, que el legado *per vindicationem*, y ménos que el *per damnationem*. En cuanto á sus efectos, no confiere al legatario la propiedad, sino sólo el derecho de tomar; esta toma de posesion lo hará propietario. Algunos jurisconsultos, muy rigurosos en su lógica, habian deducido de aquí que el heredero no se hallaba obligado ni á mancipar, ni á ceder *in jure*, ni á entregar la cosa legada, porque sólo estaba condenado á representar un papel pasivo, el de dejar tomar. Pero esta opinion no tuvo séquito, y se concedia al legatario contra el heredero la accion *in personam:* QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET (2).

Per præceptionem. Por esta fórmula: «LUCIUS TITIUS ILLAM REM PRÆCIPITO» (3). Regularmente no podia hacerse este legado sino á quien era heredero en parte, porque *præcipere* es tomar préviamente, tomar en particular, fuera de su porcion, de donde procede la palabra *preciput* (*præcipuum sumere; extra portionem hereditatis*). No transferia la propiedad; pero el heredero prelegatario reclamaba su ejecucion por la accion de particion (*judicio familiæ erciscundæ*), correspondiendo por su oficio al juez de esta accion adjudicar lo que habia sido prelegado (4); de donde se deduce la consecuencia de que las cosas del testador, las cosas hereditarias, pueden solamente ser su objeto, porque sólo ellas estaban comprendidas en la accion *familiæ erciscundæ*. Tal era, por lo ménos, dice Gayo, el parecer de nuestros maestros (*nostri præceptores*), los Sabinianos, cuyas doctrinas seguia.—En efecto, se habian suscitado grandes controversias respecto de este legado. Así, para el caso en que hubiera sido hecho á un extraño, habia tres opiniones muy distintas: en sentir de Sabino, hecho á un extraño este legado era radicalmente nulo, y no podia ser confirmado en manera alguna. En concepto de Juliano, á la verdad era nulo segun el derecho civil; pero por la aplicacion de un senado-consulto NERONIANO, de que vamos á hablar, debia ser confirmado y valer

(1) Gay. 2. §§ 210 y 211.—Ulp. Reg. 24. § 10.
(2) Gay. 2. §§ 213 y 214.
(3) Gay. 2. §§ 216.—Ulp. Reg. 24. § 6.
(4) Gay. 2. §§ 217 y 219.—Paul. Sent. 3. 6.

como legado *per damnationem*. Finalmente, segun la secta opuesta, la de los Proculeyanos, en la palabra del testador PRÆCIPITO, dirigida á un extraño, debia hacerse abstraccion de la sílaba PRÆ como supérflua, y considerar el legado como si el testador hubiese dicho CAPITO, esto es, como un legado *per vindicationem*. Este último parecer fué confirmado, segun se dice, por una constitucion de Adriano (1).

Estas distinciones entre las diferentes clases de legados no eran todas simples sutilezas de palabras enteramente arbitrarias. Prescindiendo de la forma y dirigiéndonos al fondo, hay muchas que son exigidas por necesidad, por la naturaleza misma de las cosas, y que deben sobrevivir en toda legislacion. Por lo demas, es preciso observar con cuán admirable fuerza de raciocinio, una vez dada la fórmula, deducen los jurisconsultos romanos los efectos que debe producir el legado, las cosas que pueden ser objeto de él y las personas á quienes puede hacerse. Pero lo que debió parecer riguroso á una civilizacion, que al paso que adelantaba se iba despidiendo cada vez más de la necesidad de los símbolos y de las fórmulas, fué el haber hecho depender de esta manera la suerte de la disposicion, de las palabras empleadas por el testador. Así es que se nos presentan modificaciones sucesivas en este particular.

Las primeras fueron introducidas por un senado-consulto expedido sobre la proposicion de Neron, el Sen. Con. NERONIANO (817 de R. 64 de J. C.) (2), disponiendo que lo que hubiese sido legado en términos ménos aptos (esto es, ménos adecuados, ya á la cosa, ya á la persona), fuese ménos considerado como legado *optimo jure*, es decir, *per damnationem*: «*Ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo jure legatum esset*» (3). De donde nace la consecuencia, por ejemplo, de que si el testador ha legado la cosa de otro valiéndose de la fórmula *per vindicationen* ó *sinendi modo*, ó *per præceptionem*, el legado nulo, segun el derecho civil, será confirmado por el senado-consulto como si hubiese sido hecho *per damnationem* (4). Del mismo modo, en la opinion de algunos jurisconsultos sabinianos, por el legado hecho con la fórmula *per præceptionem* á otro que no sea su heredero (5). En

(1) Gay. 2. §§ 218 y 221.
(2) Fecha incierta : de 807 á 821 de R. ; 54 á 68 de J. C.
(3) Ulp. Reg. 24. § 11.—Gay. 2. § 218.
(4) Gay. 2. §§ 197. 212. 220.—*Vatic. J. R. Frag.* § 85.
(5) Gay. 2. § 218.

el sistema de este senado-consulto subsisten las fórmulas; pero si la una ha sido mal aplicada á un caso en que no puede tener valor, se habrá de recurrir á la disposicion que ofrece más latitud, cual es la *per damnationem.*

Bajo el imperio de Constantino II, Constancio y Constante se verificó una reforma más radical. Se suprimieron en los testamentos todas las fórmulas, tanto para las instituciones de heredero, cuanto para los legados (año 339 de J. C.) (1); derogacion parcial, que tres años despues (año 342) fué seguida de una supresion general de las fórmulas en todos los actos (2). (Véase lo que de ella hemos dicho en la *Historia del Derecho*, p. 315.) Á estas constituciones alude nuestro texto por las siguientes palabras: *ex constitutionibus divorum principum.*—En este sistema no se hallan derogadas las cuatro especies de legados: el legado será siempre ó *per vindicationem* ó *per damnationem*, ó *sinendi modo*, ó *per præceptionem*, segun lo que haya querido y expresado el testador; mas en la expresion de esta voluntad no habrá ya términos exclusivamente propios, pues todos serán buenos con tal que expresen la intencion.

En fin, en tiempo de Justiniano desaparecen las cuatro clases de legados. El Emperador decreta que todos éstos sean de una misma naturaleza (*ut omnibus legatis una sit natura*), y que el legatario, cualesquiera que sean los términos en que el legado se le haya dejado, pueda reclamar su cumplimiento por las acciones personal, real é hipotecaria (*non solum per acciones personales, sed etiam per in rem et per hipothecariam*). Sin embargo, aunque suprimió Justiniano toda diferencia en cuanto á los términos, no pudo suprimir las que proceden forzosamente de la naturaleza de las cosas. Todos los legados tendrán por punto general una sola y única naturaleza en el sentido de que sus efectos no dependerán ya de ninguna clasificacion jurídica ó formularia, y de que todos sin distincion producirán iguales efectos y conferirán al legatario todos los derechos que correspondan á la cosa legada. Pero es imposible que estos derechos sean los mismos en todos los casos y

---

(1) «*Et in postremis ergo judicis ordinandis amota erit (solemnium) verborum necessitas: ut..... quibuscumque verbis uti literam habeant facultatem.*» Cod. 6. 23. 15. Constantinus, 339.—«*In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia.*» Cod. 6. 37. 21. Constantinus, Constantius et Constans, 339.—Estas dos disposiciones parecen ser dos fragmentos de la misma constitucion.

(2) C. 2. 58. 1. Constant. 342.

que la propiedad se trasfiera siempre por el legado: así es que no lo será, y que el legatario no podrá tener la accion *in rem*, si el testador ha legado, por ejemplo, cosa de otro ó una cosa indeterminada, como un esclavo, un caballo, una suma de dinero ó tantas medidas de vino, al ménos hasta que se hayan elegido ó determinado; ó bien si ha legado un crédito ó el descargo de un deudor, ó algun hecho ó un acto cualquiera que su heredero deba verificar ó de que deba abstenerse. Así lo que se referia á las fórmulas ó á las expresiones ha desaparecido, y sólo ha permanecido lo que exigia la fuerza imperiosa de las cosas. Volverémos á tratar de las acciones producidas por los legados.

Resulta de lo que acabamos de decir que el legado aplicado á una cosa determinada del testador es un medio de adquirir. Inmediatamente despues de la adicion y sin necesidad de ninguna tradicion, se trasmite la propiedad al legatario. ¿Por qué la jurisprudencia romana no ha exigido que la posesion pase de uno á otro como signo ostensible y patente del cambio de propiedad? Porque aquí ha sobrevenido otro hecho igualmente patente, cual es la muerte, que ha desposeido al propietario difunto, y una especie de ley, cual es el legado (*lex*), que ha revestido de la propiedad al legatario. Este medio de adquirir se hallaba tambien comprendido en primera clase entre los designados con el nombre de *lege* por la ley.

III. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia; sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. Sed, ne in primis legum cunabulis, permixte de his exponendo, estudiosis adolescentibus, quandam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim se-

3. Aun no hemos creido deber atenernos á esta condicion. Observando, en efecto, que en la antigüedad se hallaban los legados comprendidos dentro de estrechos límites, miéntras que los fideicomisos, que tomaban más su orígen de la voluntad de los moribundos, obtenian más indulgencia y latitud, hemos creido necesario igualar á los fideicomisos todos los legados sin que haya diferencia entre ellos; de tal manera que lo que falte á los legados lo tomen de los fideicomisos, y que si tienen alguna cosa de más, que se la comuniquen á éstos. Sin embargo, por temor de que la exposicion de estas dos materias confundidas no ofrezca alguna dificultad á los jóvenes que se hallan en los primeros elementos del Derecho, tratarémos primero de los legados

paratim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare, ut, natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

separados, y despues de los fideicomisos, á fin de que, una vez comprendida su naturaleza recíproca, se haga más fácil de ser entendida la fusion que de ellas hemos hecho.

Las causas que hacian de la disposicion en vez de un legado un simple fideicomiso, podian proceder ó de los términos empleados ó de las circunstancias.

En cuanto á los términos, si en vez de las fórmulas consagradas por el derecho civil para constituir un legado (*civilia verba*, como dice Ulpiano), se hubiesen empleado otras expresiones por lo regular precativas (*precativo modo*, *precative*), la disposicion, hallándose en circunstancias en que hubiera podido tener lugar un legado, no era más que un fideicomiso. Las palabras más usuales eran éstas: PETO, ROGO, MANDO, FIDEICOMMITTO; ó bien: DEPRECOR, CUPIO, DESIDERO; ó VOLO, INJUNGO, IMPERO (términos que, aunque imperativos, no eran palabras del derecho civil, *civilia verba*, para los legados) (1). Por lo demas, estas palabras de fideicomiso no estaban consagradas, y su empleo era un uso, y no una necesidad, porque en este caso la libertad de expresion era casi completa (2); el fideicomiso podia ser dejado tambien por señal de cabeza y por señal de asentimiento, *nutu* (3).

Respecto de las circunstancias, si éstas eran de tal naturaleza que conforme al derecho civil no podia un legado tener lugar, por ejemplo, si no habia herencia testamentaria, sino herencia *ab intestato;* ó bien si el testador queria agravar con su liberalidad, no á su heredero, sino á un legatario, ó en otras circunstancias tambien incompatibles con la naturaleza de los legados, que tendrémos ocasion de ver en adelante, la disposicion no podia ser más que un fideicomiso.

En tiempo de Justiniano la diferencia en cuanto á los términos no existe ya de ningun modo; la que resulta de las circunstancias debe tambien considerarse, si nos atenemos á los principios abstractos, especialmente si se separa, como hacen las Institutas, el legado del fideicomiso. Pero considerando únicamente el resultado

(1) Gay. 2. §. 249.—Ulp. Reg. 25. § 2.—Paul. Sent. 4. 1. § 5.—Cod. 6. 43. 2. Justin.

(2) Con tal que expresára la idea. En este sentido, sin duda, desecha Paulo, como que no pueden servir ni áun para un fideicomiso, las palabras *relinquo* y *commendo*. Paul. Sent. 4. 1. § 5. Lo que nos prueba, por lo demas, que la sutileza en los términos habia penetrado hasta en los fideicomisos.

(3) Ulp. Reg. 25. § 3.—D. 32. 3.° 21. pr. f. Paul.

de este derecho, ha desaparecido tambien esta última diferencia, pues se confundieron los legados y los fideicomisos, y toda disposicion que no puede valer como legado, vale como fideicomiso; y recíprocamente, todos los efectos que producian los legados debian producirlos los fideicomisos.

Sin embargo, hemos visto ya, y tendrémos todavía ocasion de resolver (tít. 24, § 2), una diferencia mayor todavía que continúa subsistiendo entre el legado y el fideicomiso de la libertad.

Los párrafos siguientes, consagrados á tratar de los legados, no están dispuestos en órden muy metódico. Sin embargo, sin permitirnos invertir este órden, tratarémos de ilustrarlo. Entrarémos ahora con dos principios fundamentales que dominan la materia, y cuyo conocimiento simplificará mucho las explicaciones que áun tenemos que dar.

Del Dies cedit *y del* Dies venit, *relativamente á los legados* (1).

Dies cedit, el dia se adelanta; *dies venit*, llegó el dia: expresion poética y figurada que no es especial, como se cree generalmente, á la materia de los legados, pero que puede aplicarse á toda adquisicion de derechos, y con particularidad á las obligaciones. *Dies* es el término fijado para exigir el derecho; es el fenecimiento del derecho. *Dies cedit*, es decir, el término empieza á correr ó camina al fenecimiento del derecho; *dies venit*, el dia señalado para poder exigir ha llegado, se ha verificado el vencimiento, se puede demandar. « *Cedere diem*, dice en general un extracto de Ulpiano inserto en el título del Digesto, que habla de la significacion de las palabras *cedere diem, significat incipere deberi pecuniam; venire diem, significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit.*» Y tomando por ejemplo una estipulacion, continúa el jurisconsulto: « Si es pura y sencilla la cosa, es debida y exigible en el mismo instante (*et cessit et venit dies*); si llegó á término (*in diem*); el plazo empieza á correr, pero todavía no ha llegado (*cessit dies, sed nondum venit*); si está bajo condicion, el plazo no corre ni llega miéntras que la condicion está aún en suspenso (*neque cessit neque venit dies, pendente adhuc conditione*)» (2). Estos principios ge-

(1) Dig. 36. 2. *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.* — 7. 3. *Quando dies usus fructus legati cedat.* — Cod. 6. 53. *Quando dies legati vel fideicommissi cedit.*
(2) Dig. 50. 16. 213. pr. f. Ulp.

nerales se aplican con algunas particularidades á la materia de los legados.

El *dies cedit* significa aquí que el derecho eventual al legado es fijo y determinado en beneficio del legatario y que se adelanta la exigibilidad. Decimos el derecho *eventual*, porque la suerte de los legados, como dependiente de la del testamento, si despues de llegado el *dies cedit*, el heredero rehusa, se hace incapaz, ó el testamento se invalida por una ú otra causa, todos los legados se invalidan tambien; el derecho, áun despues que el *dies cedit* ha llegado, es por consiguiente eventual. Esto es una particularidad de esta materia. Relativamente á la expresion de *dies venit*, significaria en este caso, como para las obligaciones en general, que han llegado el vencimiento del derecho y la exigibilidad del plazo. Debemos confesar, sin embargo, que no se halla empleada especialmente en los textos para la materia de los legados; lo que no nos impedirá valernos de ella, porque es lacónica, y ademas general en su significado.

¿En qué época se efectúa el *dies cedit* y el *dies venit?* Por regla general el *dies cedit*, esto es, el momento en que el derecho eventual se fija en beneficio del legatario, tiene lugar para los legados puros y simples el dia de la defuncion del testador. Lo mismo sucede con los legados á plazo (*ex die certo; in diem; post diem*) cuando se trata de estos términos que no equivalen á una condicion y no suspenden el derecho; por ejemplo, yo lego cien sueldos de oro pagaderos en las calendas de Enero, ó tantos años despues de mi muerte, tantos años despues de la adicion, etc. (1). En cuanto á los legados subordinados á una condicion suspensiva ó á un término que equivale á una condicion, el *dies cedit* sólo tiene lugar al cumplimiento de la condicion (2). Respecto al *dies venit*, esto es, para que el legado sea fenecido ó exigible, es del todo necesario que se haya verificado la adicion; y ademas, si hay un término cualquiera ó una condicion que se hayan cumplido (3).

La ley PAPIA POPPÆA, en sus disposiciones caducarias y fiscales, habia modificado el antiguo derecho relativamente al *dies cedit*

(1) Dig. 36. 2. 5. pr. f. Ulp., y 21. pr. f. Paul.
(2) Ib. 5. § 2. f. Ulp., y 21. pr. f. Paul.
(3) En el bien entendido que no hay que hacer ninguna diferencia entre la época de la muerte y la de la adicion, si se trata de herederos necesarios, puesto que no pueden rehusar la herencia.— Dig. 31. 2.° 32. pr. f. Modest.—36. 2. 21. pr. f. Paul.

para los legados puros y simples ; en vez de terminar á la muerte del testador, el *dies cedit* no debia ya tener lugar sino á la apertura del testamento (*ex apertis tabulis*) (1). Estas leyes caducarias, ya suprimidas en parte por Constantino (2) y por Teodosio (3), lo fueron enteramente por Justiniano, que restableció especialmente el derecho primitivo en cuanto al *dies cedit* (4).

¿Cuál es la utilidad del *dies cedit* y del *dies venit?* En este último punto, es decir, en cuanto al vencimiento, en cuanto á la exigibilidad, no hay dificultades, y por esto no son precisas las explicaciones. Pero lo tocante al *dies cedit* debe llamar nuestra atencion. En general no se fija la consideracion sino en uno de los efectos del *dies cedit*, la transmisibilidad del derecho ; tradúcense tambien estas palabras *dies cedit* por estas otras : *el derecho es transmisible* (5); traduccion inexacta. Este efecto es ciertamente uno de los principales del *dies cedit;* pero no es el único; hay más, no es esencial, porque puede no hallarse, y esto es lo que se verifica en todos los legados de derechos, exclusivamente pertenecientes á la persona, miéntras tienen otros efectos, que nunca faltan.

Al *dies cedit*, hemos dicho, el derecho eventual al legado se determina en beneficio del legatario ; ademas de esto, la influencia de dicha fijacion extiende sus consecuencias á cuatro puntos importantes : 1.°, á la determinacion de las personas que adquieran el legado ; 2.°, á las cosas que lo compongan ; 3.°, á la transmisibilidad del derecho cuando es posible ; 4.°, finalmente, en algunos casos particulares, á la pérdida ó á la conservacion del derecho que hace el objeto del legado.

1.° *Sobre la determinacion de las personas que adquieren el legado;* ésta será necesariamente la persona capaz de adquirirlo en el momento en que se fije el derecho. Así, pues, si se trata de un legado hecho á un hijo de familia ó á un esclavo, el amo ó dueño que lo sea en el momento del *dies cedit* será quien se aprovechará del legado, y quien podrá reclamarlo á su vencimiento, pues en

(1) Ulp. Reg. 24. § 30.—Pronto darémos algunos pormenores acerca de esta apertura de los testamentos : los fragmentos de Ulp. 10. §§ 1 y 12, insertos en el título del Digesto que habla de esta apertura, eran evidentemente relativos á esta disposicion de la ley PAPIA POPPÆA.

(2) Cod. 8. 58.

(3) Cod. 6. 51. § 5.

(4) Ib. 1. § 1.

(5) Véase á MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen Rœmischen Rechts* (Manual del derecho romano moderno), § 712, p. 391 de la traduccion.

la época del *dies cedit* se ha fijado el derecho; ó bien el hijo ó el esclavo mismo, si en el dia del *dies cedit* se habian hecho *sui juris* (1).

2.° *Sobre las cosas que componen el legado;* puesto que el derecho eventual se fija en el *dies cedit*, se fija relativamente á la cosa, lo mismo que relativamente á las personas. Así, pues, la cosa tal como se encontraba en el *dies cedit* hace el objeto del legado, y sobre ella recae el derecho eventual del legatario. Si esta cosa es una universalidad, capaz de recibir agregaciones ó supresiones ulteriores, por ejemplo, un peculio, un rebaño, se advierte desde luégo que aumenta mucho el interes de la regla (2).

3.° *Sobre la transmisibilidad del derecho;* si el legatario muere ántes del *dies cedit*, nunca ha tenido más que esperanzas; y tales esperanzas se han desvanecido por su muerte prematura; nada, pues, transmite á sus herederos. Si, por el contrario, ha llegado el *dies cedit*, puesto que el derecho eventual se ha fijado en beneficio suyo, lo transmite á sus herederos (3).

4.° *Finalmente, en algunos casos, sobre la pérdida ó la conservacion del derecho legado;* esto es lo que ya hemos visto en lo tocante á los efectos de la pequeña disminucion de cabeza, ó del no uso, en los legados del usufructo, de uso ó de habitacion; la extincion sólo puede efectuarse si el *dies cedit* ha llegado ya. De esto procede el orígen de los legados de usufructo ó de uso *in singulos annos, vel menses, vel dies*, para los cuales hay cada año, cada mes ó cada dia un nuevo *dies cedit* (4).

Esta teoría del *dies cedit* tiene ademas consecuencias, cuya aplicacion verémos más de una vez, respecto á la validez de los mismos legados (véanse, sobre todo, más adelante, §§ 32 y 33).

Ántes de terminar este asunto señalemos dos casos particulares, en los que la determinacion del *dies cedit* se separa enteramente de las reglas generales que acabamos de exponer:

1.° Si se trata de un esclavo del testador, á quien este último ha dejado á la vez por su testamento la libertad con un legado, como la primera condicion para que este esclavo pueda tener un derecho fijo en beneficio suyo es que haya sido hecho libre, el *dies*

---

(1) Dig. 36. 2. 5. § 7. f. Ulp.—Ulp. Reg. 24. § 23.
(2) Dig. 31. 2.° 65. pr. f. Pap.—Véase en adelante. § 20.
(3) Dig. 36. 2. 5. pr. f. Ulp.
(4) Dig. 7. 4. 1. § 1 y sig. f. Ulp.—Ib. 28. f. Paul.

cedit para su legado no llegará sino en el momento en que adquiera la libertad; esto es, no á la muerte del testador, sino á la adicion de la herencia, suponiendo que se trate de disposiciones puras y simples (1).

2.° Respecto del usufructo, del uso, de la habitacion, derechos exclusivamente pertenecientes á la persona del legatario, sabemos que el *dies cedit* no tiene lugar sino cuando el *dies venit* ha terminado; es decir, que la fijacion del derecho sólo tiene lugar en el momento mismo de la espiracion del plazo (2): « *Tunc enim constituitur ususfructus*, dice Ulpiano para dar razon de esta diferencia, *cum quis jam frui potest* » (3); y la explica entónces con más claridad diciendo: «*Nam cum personæ cohæreat, recte dicitur ante aditam hereditatem diem non cedere*» (4); y en fin, todavía más explícitamente: «*Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est si ante, quis diem ejus cedere dixerit*» (5). Así, pues, la idea que ha dominado en la introduccion de esta excepcion es, que en este caso la transmisibilidad del derecho no es posible. Pero no lo es ya más despues de la adicion que ántes; áun despues de la adicion sólo es transmisible el derecho sobre los frutos ya percibidos ántes de la muerte del usufructuario; en cuanto al mismo usufructo, se extingue por esta muerte. El *dies cedit*, al contrario, conserva todos sus efectos en los otros tres puntos que hemos señalado. Por esto Labeon era de parecer que debia haber lugar para los legados de usufructo como para los demas legados, sin establecer diferencia; pero prevaleció el opuesto parecer, el de Juliano (6).

De la regla Catoniana (Catoniana regula) (7).

Es un principio razonable, admitido generalmente en la legislacion romana, que un acto nulo en su orígen no puede llegar á ser válido por el solo transcurso del tiempo. « *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*» (8). ¿Pero cuál es el do-

---

(1) V. en adelante § 20, y Dig. 33. 8. 8. § 8. f. Ulp.—Véase tambien una particularidad análoga respecto del legado hecho á un esclavo, legado él mismo. D. 36. 2. 17. pr. y 16. § 1. f. Julian.

(2) Dig. 36. 2. 2. f. Ulp.

(3) Dig. 7. 3. 1. § 2. f. Ulp. y *Vatic. J. R. Fragm.* § 60.

(4) Dig. 36. 2. 9. f. Ulp.

(5) Ib. 3.

(6) Vatic. J. R. Fragm. § 60.

(7) Dig. 34. 7. *De regula Catoniana.*

(8) Dig. 50. 17. 29. f. Paul.

minio verdadero, cuál la latitud de la aplicacion de esta regla? Este punto no carece de dificultades muy graves.

En la materia que nos ocupa, es decir, los testamentos, todo lo que concierne á la forma del acto ó á la capacidad del que lo hace está incontestablemente bajo el imperio de esta regla: si la forma es viciosa ó el testador incapaz desde su orígen, el testamento es nulo y no será válido por el transcurso del tiempo. Pero relativamente á aquel en cuyo favor se hace la disposicion, ó de las cosas capaces de ser comprendidas en ella, ¿qué resolverémos? El testamento no está destinado á producir ningun efecto en el momento de su formacion; sólo es un acto de precaucion, un acto para lo futuro, para el dia en que fallezca el testador: ¿no bastará, pues, considerar esta época para examinar si hay capacidad de recibir, ó si las cosas comprendidas en la disposicion son susceptibles de ser objeto de ella?

Hemos visto la cuestion resuelta respecto de la institucion de heredero; es preciso que la capacidad de ser instituido exista en el momento en que se hace el testamento, sin perjuicio de las otras épocas, y hemos manifestado el orígen de esta regla en la misma naturaleza del testamento *calatis comitiis*, y del testamento *per æs et libram* en su primera forma. De aquí nace la máxima expuesta por Licinio Rufino: «*Quæ ab initio inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest*» (1).

Pero respecto de los legados, la naturaleza de los testamentos primitivos no producia las mismas consecuencias; si el heredero debia ser admitido por los comicios para continuar la persona del difunto; si posteriormente debió comprar el patrimonio, lo que exigia indispensablemente que existiese y fuese capaz en el momento de la decision de los comicios ó de la mancipacion del patrimonio, no sucedia lo mismo con los legatarios; una vez instituido el heredero, los legados eran la carga que le estaba impuesta; ésta era la ley del testador, ley indicada por la *nuncupatio;* ninguna forma de testamento llevaba consigo, como consecuencia precisa, la necesidad de la existencia y la capacidad de los legatarios en el mismo momento de la formacion del acto, pues no figuraba en él en persona por ningun título.

Pero esta necesidad, introducida probablemente con alguna in-

(1) Dig. 50. 17. 210.

certidumbre por la jurisprudencia primitiva, fué definitivamente formulada por Caton el Viejo, ó quizá por su hijo, en una regla general, que recibió el nombre de regla Catoniana (*Catoniana regula*). — Celso nos dice sus disposiciones en estos términos: «*Quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere*» (1). De manera que para apreciar la validez de un legado es preciso suponer al testador muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, y ver si en este estado sería válido el legado. El motivo filosófico de esta regla fué, sin duda, que siendo el testamento un acto hecho por prevision para el momento de la muerte, y siendo siempre la muerte una cosa inminente, pudiendo herir en cualquiera instante, en el momento mismo en que acaba de hacerse el acto, hallaron arreglado á buena lógica los jurisprudentes deducir de ello que este acto debia ser de tal naturaleza que pudiese producir todo su efecto en el mismo instante, si llegaba el caso (2).

La regla Catoniana no atiende á las instituciones de los herederos: «*Catoniana regula non pertinet ad hereditates*», dice Papiano (3). El principio que las rige es semejante, pero ha precedido á la regla Catoniana y procede del mismo orígen. Habiendo venido la una á completar á la otra, ha podido decirse con Javoleno, tanto respecto de los legados cuanto respecto de las instituciones: «*Omnia quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint*» (4).

La regla Catoniana no se aplica tampoco á los legados condicionales (5). En efecto, en este caso supóngase al testador muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, el legado no ha sido hecho para producir desde luego su efecto; ha sido subordinado á una condicion; hasta que ésta se verifique no se fija

---

(1) Dig. 34. 7. 1. pr. f. Cels. — El jurisconsulto añade, sin embargo, que esta disposicion de la regla Catoniana es falsa en algunos puntos: «*Quæ definitio in quibusdam falsa est.*»

(2) «*Quia quod nullas vires habiturum foret si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere quia vitam longius traxerit, absurdum esset*», dice Gayo, 2. § 244.

(3) Dig. 34. 7. 3. «*Ad conditionales hereditates non pertinet*», añade el fragmento 4, que sigue inmediatamente despues, y que está sacado de Ulpiano: fragmento cuya interpretacion puede ocasionar embarazo; porque si la regla Catoniana no se aplica á ninguna institucion, ¿por qué se dice que no se aplica á las instituciones condicionales? La interpretacion más clara y sencilla es la que supone que esta ley habla de los legados hechos en un testamento, cuya institucion es condicional. En efecto, estos legados son por esto solo condicionales ellos mismos, y como tales, no sujetos á la regla Catoniana.

(4) D. 50. 17. 201.

(5) D. 34. 7. 1. § 1. f. Cels.; y 2. f. Paul.

ni puede ejercitarse ningun derecho (no tiene lugar ningun *dies cedit*) ni con relacion á la persona ni con relacion á la cosa; es preciso, pues, esperar. — Por la misma razon no se aplica á los legados en los cuales tiene lugar el *dies cedit*, no á la muerte del testador, sino únicamente despues de la adicion de la herencia (*neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem*) (1). En fin, ni á las nuevas leyes (*ad novas leges*), dice Ulpiano (2); lo que indudablemente alude, segun conjeturas de Cujacio, á las condiciones de capacidad (condiciones de matrimonio y de existencia de hijos), exigidas por las leyes JULIA y PAPIA POPPÆA (*Hist. del Der.*, p. 253).

¿Se aplicaba á los fideicomisos la regla Catoniana? Al principio, y con el objeto primitivo de los fideicomisos destinados precisamente á evitar el rigor del derecho civil, indudablemente no. De lo que muchos intérpretes deducen por conclusion que puesto que en tiempo de Justiniano los legados deben tomar de los fideicomisos todo lo más favorable de éstos, la regla Catoniana debió dejar de existir. No admitimos esta conclusion: en efecto, el Digesto de Justiniano, en el que se hace la fusion de los legados y fideicomisos, consagra, sin embargo, un título especial á la regla Catoniana, y esta regla continúa recibiendo su aplicacion en todos los casos, especialmente en muchos párrafos de nuestro título. En fin, los fideicomisos, toda vez que han sido sancionados por la legislacion como obligatorios, no han sido abandonados á su primitiva independencia; vemos en Gayo y en Ulpiano que las reglas sobre la capacidad de recibir les fueron aplicadas por un senado-consulto en tiempo de Adriano, especialmente en lo que tiene relacion con los *peregrini*, las personas inciertas, los póstumos extraños (3). De lo que resulta que probablemente la regla Catoniana se habia extendido hasta el fideicomiso, al ménos relativamente á la faccion de testamento (4); y que en todos los casos, en tiempo de Justiniano, léjos de comunicar á los legados su excepcion, si habia existido, los fideicomisos, por el contrario, toman la regla.

Aunque el órden de los párrafos que nos quedan por explicar no sea muy metódico ni regularmente seguido, sin embargo, excep-

(1) Ib. 3. f. Pap.
(2) Ib. 5. f. Ulp.
(3) Gay. 2. §§ 285 y 287.—Ulp. Reg. 25. §§ 4. 6 y 17.
(4) Sin embargo, la cuestion, bajo este último punto de vista, es muy dudosa. V. 32. 3.° 1. § 1. y § 5. f. Ulp.; 7. f. Ulp., que presentarian al ménos excepciones á la aplicacion de la regla.

tuando algunas aberraciones que harémos observar, se presenta con corta diferencia de este modo: De las cosas que pueden ser legadas, materia en que se encuentra intercalado todo lo que se refiere al derecho de acrecion entre colegatarios;—De la pérdida de las acreciones ó decreciones de la cosa legada;—De aquellos á quienes puede legarse; — De los modos de los legados.

De las cosas que pueden ser legadas.

IV. Non solum autem testatoris *vel heredis res*, sed *et aliena* legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam et præstare, vel, *si non potest redimere*, æstimationem ejus dare. Sed si talis res sit, *cujus non est commercium*, nec æstimatio ejus debetur, sicuti, si campum Martium, vel basilica, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et, si ignorabat: forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit; et verius esse, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum; non heredem probare oportere, ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit (1).

4. Pueden ser legadas no sólo la cosa del testador ó del *heredero*, sino áun *la de otro*, de tal manera que el heredero esté obligado á comprarla y darla al legatario, ó bien su precio si no puede comprarla. Si se trata de una cosa *que no se halle en el comercio*, como el campo de Marte, los templos, las basílicas ó cualquiera otra cosa destinada al uso público, el heredero ni áun estará obligado á su precio, porque el legado es nulo. Cuando decimos que puede ser legada la cosa de otro debe suponerse si el testador sabía que era de otro, y no si lo ignoraba, porque si lo hubiese sabido quizá no la habria legado. Así lo establece un rescripto de Antonino Pío, que decide al mismo tiempo que al demandante, es decir, al legatario, toca probar que el testador lo sabía, y no al heredero probar que ignoraba legar la cosa de otro. En efecto, la obligacion de la prueba incumbe siempre al que demanda.

Vel heredis res: lo que no tenía lugar en otro tiempo sino en los legados *per damnationem*, ó *sinendi modo*.

Et aliena: lo que sólo se aplicaba en otro tiempo á los legados *per damnationem.*

Si non potest redimere: ó bien si hay algun motivo equitativo para quedar dispensado de suministrar la cosa: por ejemplo, si se exige por ella un precio exorbitante; ó si el esclavo que há tenido encargo de dar, es su padre, su madre ó su hermano natural. En

(1) D. 22. 3. 21. f. Marcian.

este caso, corresponde á las atribuciones del juez permitirle que cumpla su obligacion pagando el precio (1).

Cujus non est commercium : aunque la adquisicion de ella sea difícil, con tal que sea posible jurídicamente, salvo el no pagar más que la estimacion de la cosa, si no puede adquirirla de hecho (2).

V. Sed et si *rem obligatam* creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse : et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

5. Si el legado consiste en una *cosa empeñada á un acreedor*, deberá el heredero desempeñarla. Y debe entenderse en este caso, lo mismo que en el de la cosa de otro, que el difunto supiese que la cosa estaba empeñada : así lo han decidido por rescriptos Severo y Antonino. Si el testador, sin embargo, ha querido que el desempeño quede á cargo del legatario, y lo ha manifestado así, el heredero no se hallará obligado á dicho desempeño.

Rem obligatam : es decir, ya hipotecada, ya dada en prenda (3).

VI. Si res aliena legata fuerit, et ejus *vivo testatore* legatarius dominus factus fuerint : si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione *pretium* consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas *in eundem hominem* et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum, rem an æstimationem, ex testamento consecutus est : nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa ; *si æstimationem, agere potest.*

6. Si la cosa de otro ha sido legada, y en vida del testador ha adquirido el legatario la propiedad de ella, puede á título de compra obtener el precio por la accion *ex testamento;* pero si ha sido á título lucrativo, como por donacion ó por cualquiera otra causa semejante, no tiene accion. Porque se halla recibido tradicionalmente que dos causas lucrativas no pueden acumularse para una misma cosa en un mismo individuo. Por idéntica razon, si la misma cosa ha sido legada por dos testadores á un mismo legatario, importa mucho distinguir si desde luégo ha recibido la cosa ó su estimacion; porque en el primer caso ya no tiene accion, pues la ha obtenido por causa lucrativa; mas en el segundo, si ha recibido el precio, *puede todavía reclamar.*

Vivo testatore : en vida del testador y áun en cualquier tiempo despues de su muerte, miéntras que el legado no haya sido paga-

(1) Dig. 30. 1.° 71. § 3. f. Ulp.—32. 3.° 30. § 6. f. Labeon.

(2) Dig. 30. 1.° 39. §§ 7 á 10. f. Ulp.—Ulp. Reg. 24. § 9.—Dig. 41. 1. 83. § 3. f. Paul.—137. § 6. f. Venul.

(3) Paul. Sent. 3. 6. § 8.—Dig. 30. 1.° 57. f. Ulp.

do. En efecto, es regla, no ya especial á los legados, sino general en materia de obligaciones, que el que debe por una causa lucrativa una cosa determinada, queda libre de la obligacion si el acreedor ha adquirido esta cosa por título lucrativo : « *Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenisset* (1).

Pretium: el precio que le ha costado : « *Usque ad pretium quod mihi abest competet mihi actio ex testamento* », dice Ulpiano (2). Lo que debe aplicarse no solamente al caso de compra, sino á cualquiera adquisicion á título oneroso; el legatario debe ser indemnizado de los sacrificios que ha hecho para conseguir la cosa, porque la intencion del testador ha sido hacérsela ver gratuitamente.

In eundem hominem: lo que debe traducirse por *el mismo individuo*, el mismo hombre considerado individualmente, y no la *misma persona*. En efecto, dos cosas lucrativas pueden acumularse para la misma cosa, en el amo y en su esclavo, aunque sólo tengan una sola y única persona jurídica. Así, pues, si la misma cosa es legada por dos testadores al amo y á su esclavo, cada legado será válido y deberá recibir su ejecucion con independencia del otro : esto se refiere á un principio que ya hemos enunciado, y que tendrémos ocasion de desenvolver muy luégo. Del mismo modo, si la cosa que me ha sido legada se entrega á título lucrativo, por ejemplo, en donacion á mi esclavo, aunque yo la haya adquirido lucrativamente, podré siempre obrar *ex testamento*, para hacerme dar su valor en virtud del legado (3). Lo mismo sucederia respecto del hijo de familia.

Si æstimationem, agere potest; porque haber recibido la estimacion es no haber adquirido la cosa. El beneficio procurado por el testamento ejecutado primero, en nada perjudica á la ejecucion del segundo (4).

VII. Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

7. Puede legarse una cosa que no existe, con tal que haya de llegar; por ejemplo, los frutos que producirá tal campo, el hijo que nacerá de tal esclava.

(1) Dig. 44. 7. 17. f. Julian.—32. 3.° 21. § 1. f. Paul.
(2) Dig. 30. 1.° 34. § 7. f. Ulp.
(3) Dig. 30. 1.° 108. § 1. f. Afric.—Aquí la decision parece que consiste en otro motivo.
(4) Dig. 30. 1.° 34. § 2. f. Ulp.—31. 2.° 66. § 1 y sig. f. Pap.—50. 16. 88. f. Cels.

Estas cosas futuras no podian ser legadas en otro tiempo sino *per damnationem* (1).

VIII. Si eadem res duobus legata sit, *sive conjunctim sive disjunctim*, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio et Seio hominem Stichum do lego; disjunctim ita: Titio hominem Stichum do lego. Seio Stichum do lego. Sed et, si expreserit, eundem hominem Stichum, æque disjunctim legatum intelligitur.

8. Si una misma cosa es legada á dos legatarios, ya conjunta, ya separadamente, y los dos se presentan al legado, se divide entre los dos. Si falta uno de ellos, ya por negarse al legado, ya por fallecer ántes que el testador, ó por otra causa cualquiera, el colegatario tiene el legado entero. Se lega conjuntamente, por ejemplo, diciendo: Doy y lego el esclavo Estico á Ticio y á Seyo; disjuntamente diciendo: Doy y lego á Ticio el esclavo Estico; doy y lego á Seyo el esclavo Estico. Y aunque hubiese dicho, el mismo esclavo Estico, no por eso el legado hubiera dejado de hacerse disjuntamente.

Trátase aquí del derecho de acrecion entre colegatarios, materia que se halla mezclada á los párrafos que tratan de *cosas legadas*, y que requiere un lugar aparte.

Del derecho de acrecion entre los colegatarios.

Permaneciendo válido el testamento, puede suceder que tal ó cual legado quede sin validez. Preséntanse con este motivo tres casos bien distintos: 1.° El legado puede ser nulo desde el principio, por ejemplo, porque el legatario en la época de la disposicion hubiese ya muerto ó se hubiese hecho incapaz. En este caso se dice que el legado se conceptúa como no escrito (*pro non scripto*). 2.° O bien siendo por sí misma válida la disposicion y en su orígen, el legatario puede dejar de cumplir, faltar á su legado (*deficere*). Esto sucede si rehusa, ó bien si ántes que el derecho eventual se haya fijado en su beneficio (ántes del *dies cedit*), se ha hecho incapaz; por ejemplo, si ha muerto, ó si ha experimentado la grande ó pequeña disminucion de cabeza. En tal caso puede decirse que el legado es *irritum*, inútil, ó *destitutum*, abandonado. 3.° Ó finalmente, el legado, aunque válido desde el principio, y fijado en beneficio del legatario en la época del *dies cedit*, puede

(1) Gay. 2. § 203.

serle quitado por causa de indignidad. Llámasele *eriptitium* (*quæ ut indignis eripiuntur*).—¿Qué sucede con los legados sin validez por esta causa? El último caso se rige particularmente. Aquí el provecho se fija en beneficio del legatario : lo que le ha sido quitado por indignidad vuelve por lo regular al fisco. Pero en los dos primeros casos, el legatario nunca ha tenido derecho ; naturalmente, y prescindiendo de toda circunstancia especial, el legado debe, pues, aprovechar al heredero que estaba gravado con él; era una disposicion que se le imponia; esta disposicion se considera ó no escrita, ó inútil y abandonada, y se encuentra, por consiguiente, en libertad. Sin embargo, la circunstancias particulares ó las disposiciones legislativas especiales pueden hacer que no suceda así. Estas circunstancias particulares son los casos en que la misma cosa puede ser legada á muchos. La ley PAPIA POPPEA declara que tales son en la sucesion histórica del derecho romano estas disposiciones legislativas especiales.

En efecto, si la misma cosa ha sido legada á muchos, aunque el legado sea nulo respecto de uno de ellos, ó aunque uno de ellos llegue á faltar, los demas á quienes la cosa ha sido legada tambien, ¿no están presentes para recibirla? ¿No son ellos los que deben aprovecharse de la nulidad del legado, ó de la falta de alguno de los llamados? Ésta es la cuestion que importa examinar.

Se llaman colegatarios (*collegatarii*) todos aquellos en general á quienes en un mismo testamento se ha legado una misma cosa. Mas esto puede verificarse, como nos dice el texto, de dos maneras : ya conjuntamente (*conjunctim*), si lo ha sido en una sola y única disposicion, como, por ejemplo : «Lego á Ticio y á Seyo el esclavo Estico»; ya disjuntamente (*disjunctim*), si hay en el mismo testamento tantas disposiciones separadas cuantos son los legatarios : «Lego á Ticio el esclavo Estico; lego á Seyo el mismo esclavo Estico, etc.» Tanto en uno como en otro caso se dice tambien que los legatarios son conjuntos, y que el legado ha sido hecho conjuntamente (1); pero entónces se fija sólo la atencion en la cosa, y no en la disposicion ; en efecto, en cuanto á la cosa siempre son conjuntos; una misma cosa ha sido legada á cada uno.— Estas diversas ideas se encuentran precisadas y distinguidas en otros términos, en otra clasificacion admitida tambien entre

(1) Dig. 32. 3.º 30. f. Cels.

los jurisconsultos romanos, y que nos la indica Paulo : « Triplici »modo, conjunctio intelligitur : aut enim *re* per se conjunctio con»tingit, aut *re et verbis*, aut *verbis tantum* » (1). Son conjuntos por la cosa solamente (*re conjuncti*, ó *re tantum*, ó *re non etiam verbis*) aquellos á quienes una misma cosa ha sido legada en el mismo testamento, por disposiciones separadas (*disjunctim*, ó *separatim*). Son conjuntos por la cosa y por las palabras (*re et verbis*), aquellos á quienes ha sido legada por una sola y única disposicion (*conjunctim*). En fin, son conjuntos por las palabras solamente (*verbis tantum*, ó *verbis non etiam re*) aquellos á quienes una misma cosa ha sido legada; pero con indicacion de partes entre ellos : por ejemplo : lego á Ticio y á Seyo tal fundo por partes iguales, ó á cada uno la mitad, ó en cualquiera otra proporcion (2). Aquí los legatarios no son realmente conjuntos y colegatarios, pues sólo tienen la apariencia de tales ; en verdad no les ha sido legada la misma cosa, sino cosas distintas y separadas : á cada uno su parte. Sin embargo, esta especie de conjuncion no dejaba de producir cierto efecto bajo la legislacion de la ley PAPIA POPPEA.

Para ilustrar lo que se refiere al derecho de acrecer es preciso seguir la progresion histórica del derecho (3). Tres épocas principales hay que distinguir :

I. *Epoca de la distincion de los legados en cuatro clases; pero con anterioridad á la ley* PAPIA POPPEA. En este período, por la fórmula misma, y rigurosamente segun los términos y efectos de esta fórmula, es preciso juzgar las diversas consecuencias del legado, y singularmente la que se ha llamado *derecho de acrecer*.

¿Se trata de un legado *per vindicationem*, que la misma cosa haya sido legada á muchos, ya *conjunctim*, ya *disjunctim*? Pues tiene lugar la acrecion ; es decir, que llegando á faltar uno de los legatarios, ó siendo nulo el legado (*pro non scripto*) con relacion

---

(1) Dig. 50. 16. 142. f. Paul.

(2) « *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re :* Titio et Seio fundum æquis partibus do lego ; *quoniam semper partes habent legatarii.* » Dig. 32. 3.º 89. f. Paul.

(3) Véanse sobre este punto las dos obras especiales que siguen : HOLTIUS : *Análisis histórico del derecho de acrecion entre legatarios, segun el derecho romano, las leyes de Justiniano y las principales legislaciones modernas de Europa* ; Lieja, 1830, 8.º : inserto primero en forma de disertacion en la THEMIS, t. 9 y 10. — D'HAUTHUILLE : *Ensayo acerca del derecho de acrecion*, Marsella, 1834, folleto en 8.º

á él, su parte acrece al colegatario (1). En efecto, se trata aquí de un legado de propiedad; por la fórmula misma de este legado toda la cosa corresponde á cada uno de los legatarios, y á cada uno de éstos le ha sido transferida la propiedad de ella en su totalidad (*in solidum habuerant*). Tal es la interpretacion estricta y rigurosa de la fórmula civil, áun en el caso de que no haya habido más que una sola disposicion: « *Titio et Seio hominem Stichum do lego.* » Si presentándose juntos se ven obligados los dos colegatarios á partir la cosa, esto sucede por su concurso (*in solidum habuerant; concursu res divisa est*) (2). Cesando el concurso, ya por nulidad del legado respecto de uno de los legatarios, ó por la falta de otro, no hay ya para qué hacer ninguna particion, pues el que queda toma la cosa en su totalidad. Por manera que, á decir verdad, la palabra acrecion en este período es inexacta, pues para el legatario que queda solo hay, más que decrecion, acrecion. — Pero nada de esto ocurriria si los dos legatarios fuesen conjuntos por palabras solamente: « *Titio et Seio fundum æquis partibus do lego.* » Segun la misma fórmula, la propiedad sólo ha sido transferida á cada uno en una parte, aunque *pro indivisso;* cualquiera que sea la suerte de la otra, no puede esto modificar su derecho.

Si se tratase de un legado *per damnationem*, la acrecion nunca tendria lugar. En efecto: — ó el legado de la misma cosa dejada á muchos ha sido hecho *conjunctim*, como, por ejemplo: « *Heres meus fundum Titio et Seio dare damnas esto* »; en cuyo caso no ha transferido semejante legado á los legatarios un derecho de propiedad, sino sólo un derecho de crédito ó deuda en comun; pues es regla general del deercho que los créditos (*nomina*), desde que existen en comun, en provecho ó á cargo de muchos, se dividan por su sola naturaleza (3). Ticio y Seyo no han tenido, pues, más que una accion contra el heredero, cada uno por la mitad del fundo, sin que la suerte de la una pueda influir en la de la otra. El mismo efecto de division que habria producido, relativamente á la propiedad, la expresion *æquis partibus*, añadida á la fórmula *per*

---

(1) Gay. 2. § 199.—Ulp. Reg. 24. § 12.—Vatic. J. R. Frag. §§ 75 á 88, sobre el derecho de acrecer en el legado de usufructo.

(2) Dig. 7. 2. 3. pr. f. Ulp.

(3) Tampoco, segun la ley de las Doce Tablas, la accion *familiæ erciscundæ* se aplicaba á los créditos ú obligaciones. Dig. 10. 2. 2. § 5. f. Ulp.

vindicationem, lo produce por sí misma la naturaleza esencialmente divisible de la obligacion en el legado *per damnationem*, relativamente al crédito á que da orígen este legado. No hay, pues, acrecion (1) : « *Jus acrescendi cessat, non inmerito quoniam damnatio partes facit* », dicen los fragmentos del Vaticano (2) : — Ó el legado ha sido hecho *disjunctim*, v. gr. : « *Heres meus hominem Stichum Titio dare damnas esto. Heres meus hominem Stichum Seio dare damnas esto*, etc.» En este caso hay tantos créditos ú obligaciones como disposiciones ; Estico se debe tantas veces cuantas ha sido legado : la concurrencia no obliga á ninguna particion, ó mejor dicho, no hay concurrencia, porque no se trata de propiedad, sino de obligacion : el heredero deberá dar á cada legatario, ó Estico ó su precio (*singulis solida res debebitur, ut scilicet heres alteri rem, alteri ejus æstimationem præstare debat*) (3), y esto cualquiera que haya sido la suerte del otro legado. Que haya ó no nulidad ó falta de persona respecto de uno de los legados, los que subsisten no experimentan ni acrecion ni decrecion.

En cuanto á los legados *sinendi modo* y *per præceptionem*, cuya naturaleza era ménos pura y ménos calificada, habian dado ocasion entre los jurisconsultos, respecto del derecho de acrecer, á una diversidad de opiniones curiosas, que sería prolijo y poco útil reproducir en este lugar (4).

II. *Sistema introducido por la ley* Julia *y* Papia Poppea. Más de una vez hemos tenido ocasion de hablar de estas dos leyes (la primera de las cuales fué refundida en la segunda), en las que se trató por medio de la fiscalizacion de impedir la depravacion de las costumbres y que se acabase la poblacion legítima de los ciudadanos (véase *Hist. del der.*, p. 253). El derecho de acrecer, que acabamos de explicar, lo modificaron bajo dos aspectos importantes : 1.° Declarando incapaces total ó parcialmente de recibir á los herederos ó legatarios que fuesen célibes (*cælebes*), ó no tuviesen hijos (*orbi*); y ademas, haciendo retroceder la época de la adicion y la del *dies cedit*, es decir, de la fijacion del derecho, hasta el dia de la apertura de las tablas del testamento, sucedió que las disposiciones que hubieran debido ser válidas y adquiridas por el heredero ó el

(1) Gay. 2. § 205.—Ulp. Reg. 24. § 13.
(2) Vact. J. R. Frag. §§ 85 y 87.
(3) Gay. 2. § 205.
(4) Gay. 2. §§ 215 y 232.

legatario con arreglo al derecho civil, se invalidaron y caducaron en virtud de la ley PAPIA POPPEA. Esta imágen de la disposicion que cae por tierra, pasó como expresion figurada al lenguaje técnico del derecho; y se llamó *caduca* (de *cadere*, caer) toda disposicion que, aunque válida y pasada, y haciendo adquirir al llamado segun el derecho civil, caia en cierto modo de sus manos, se desprendia de su persona por causa de la ley PAPIA POPPEA. Esto es lo que dice terminantemente Ulpiano: « *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo* » (1). Designando el adjetivo *caducus, caduca, caducum*, una cualidad, que tan frecuentemente se realizaba en las disposiciones testamentarias, se trasformó en sustantivo, se hizo expresion técnica, y los *caduca* ocuparon el mayor lugar en los escritos de los jurisconsultos y en la atencion de los ciudadanos; pero hay un grave error en aplicar esta denominacion de *caduca* á todos los casos de invalidacion de las disposiciones testamentarias. En la época histórica del derecho que ahora examinamos, era exclusivamente propia de las invalidaciones ó caducidad introducida por la ley PAPIA POPPEA. En cuanto á los vencimientos que proceden del mismo derecho civil, esto es, en cuanto á los casos en que la disposicion, aunque válida en su orígen, debia caducar, porque el llamado faltaba en los términos del derecho civil, la ley PAPIA los redujo en su mayor parte á las reglas del antiguo derecho sobre acrecion, para someterlos á las mismas reglas que los *caduca*, y en tal caso se dice que estas disposiciones eran, no *caduca*, sino *in causa caduci*, es decir, que estaban en la condicion de los *caduca* (2). Respecto de las disposiciones nulas desde su orígen (*pro non scriptis*), no tuvo aplicacion la ley PAPIA, y quedaron sujetas á las reglas del antiguo derecho sobre acrecion.

2.° Las disposiciones caducas (*caduca*), y las que les estaban asimiladas (*in causa caduci*), constituidas de este modo, ¿qué hizo de ellas la ley PAPIA POPPEA? Las atribuyó, no ya en ejecucion de las fórmulas del testamento, sino de su propia autoridad, á título nuevo, por el mismo poder de la ley, á los herederos y á los legatarios comprendidos en el mismo testamento y teniendo hijos

(1) Ulp. Reg. *De caducis*. § 1.

(2) Cod. 6. 51. *De caducis tollendis*, 1. §§ 2. 4. y 9. const. Justin.

(*patres*). Quitados á los unos y atribuidos á los otros, los *caduca* eran al mismo tiempo castigo por la esterilidad y recompensa por la procreacion legítima. Esto no era un derecho de acrecion, sino una nueva adquisicion; así, pues, el nombre consagrado fué el de *jus caduca vindicandi*, derecho de vindicar los caducas. Y este modo de adquisicion se contó en el número de los medios de adquirir el derecho romano en virtud de la ley (*ex lege*) (1).

Pero ¿en qué órden los padres (*patres*), inscritos en el testamento, serán llamados, como precio de su paternidad, á reclamar los *caduca?* Este órden se determinó por la ley como sigue: 1.° Los legatarios conjuntos que tienen hijos, tomando literalmente la palabra *conjuntos*, es decir, *conjuntos por una sola y única disposicion;* lo que comprende á los legatarios conjuntos *re et verbis*, y á aquellos que sólo lo son en apariencia, es decir, *verbis tantum;* de tal manera que se llega al resultado singular de que el *jus caduca vindicandi* se concede á los últimos, miéntras que no se concede á los legatarios conjuntos *re tantum*, es decir, á aquellos á quienes la cosa ha sido legada individualmente en totalidad (2); absurdo difícil de explicar, si no se dice que no se trata en este caso de un derecho de acrecion procedente del testamento, sino de una atribucion que la ley hace por sí misma para recompensar la paternidad, y de un órden establecido en ésta atribucion. 2.° A falta de legatarios conjuntos, ó si ninguno de ellos tiene la paternidad, los herederos que son padres. 3.° A falta de heredero que tenga esta cualidad, á los legatarios, aunque no sean conjuntos de ninguna manera. 4.° Y finalmente, por falta de persona que tenga hijos, al

---

(1) «*Lege nobis acquiritur velut caducum vel ereptorium* (ó *eruptitium*) *ex lege Papia Poppea, item legatum ex lege XII tabularum.*» Ulp. 19. § 17. — Puede conjeturarse por este fragmento que la disposicion suprimida por causa de indignidad (esto es lo que más probablemente significa la palabra *ereptorium* ó *ereptitium*), fué atribuida como los caduca á los padres inscritos en el mismo testamento en recompensa de su paternidad.

(2) Así se explica un fragmento de Paulo (Dig. 30: *De legatis*, 3.° 89), que habla de esta preferencia concedida por la ley PAPIA á los legatarios conjuntos *verbis tantum* sobre los legatarios que no son conjuntos de ningun modo; fragmento incomprensible, tanto que se ha querido entenderlo del derecho de acrecion ordinario entre colegatarios. Véase el *Análisis histórico del derecho de acrecion*, que hemos citado, por M. HOLTIUS, p. 9 á 19, inserto en forma de disertacion en la *Themis*, t. 9, p. 235 y 534.—El sentido de este fragmento es por lo demas incontestable en lo que se refiere á la admision de los conjuntos *verbis tantum* al derecho de reclamar los *caduca;* pero puede oponerse la dificultad de hallar en él igualmente la exclusion de los conjuntos *re tantum*. Estos tienen individualmente en sus legados la cosa en su totalidad; que aquel á quien haya sido legada, sea por otra parte incapaz, ¿no parece que la cosa deberia siempre quedarse en poder de ellos en su totalidad, sin recurrir al *jus caduca vindicandi?* — Sea como quiera, se puede ver una cosa extraña y una dificultad análoga en los artículos 1.044 y 1.045 del código civil frances.

fisco (1). — Una constitucion de Antonino Caracalla puso en breve al fisco, que nunca faltaba, en lugar de todos: «*Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur*», dice Ulpiano (2). Se castigó á los unos, pero no se recompensó á los otros: las nuevas leyes, las leyes caducarias, se convirtieron absolutamente en leyes fiscales. — Por lo demas, siendo la atribucion de los *caduca*, así establecida por la ley PAPIA POPPEA, una nueva atribucion, no tenía lugar por fuerza y de derecho, y habia la libertad de rehusarla; pero aceptada, pasaba con todas sus cargas: «*Caduca cum sua onere fiunt*» (3).

La ley PAPIA habia exceptuado de sus disposiciones caducarias á ciertas personas, como, por ejemplo, á los descendientes y ascendientes del testador hasta el tercer grado, á quienes habia permitido, por consiguiente, que gozasen de los beneficios del antiguo derecho. Esto es lo que llaman los textos *jus antiquum in caducis* (4).

III. *Bajo el imperio de Justiniano*, las leyes caducarias, ya suprimidas en parte, en cuanto á los privilegios de la paternidad en el *jus caduca vindicandi* por Caracalla, y en cuanto á las penas del celibato por Constantino (5), fueron completa y textualmente derogadas (6). Por otra parte, ya no existia diferencia entre las cuatro especies de legados. El derecho de acrecer entre legatarios necesitaba ser arreglado de otro modo; y esto lo hizo la constitucion misma que borró las últimas huellas de las leyes caducarias (*de caducis tollendis*) (7). Nuestro texto nos da de ella las disposiciones elementales.

La acrecion en todos los legados tiene lugar entre colegatarios á quienes ha sido legada la misma cosa, ya conjunta, ya separadamente. Así se extinguen las distinciones, sutiles en verdad, pero

(1) Véase á Gay. 2. §§ 206 y 207. Estos pormenores, que Gayo nos ha suministrado, relativos al *jus caduca vindicandi* y al órden con que se hallaba este derecho concedido á los padres, son dignos de particular estimacion. Suministran una instruccion casi completa acerca de diversos pasajes, mal apreciados de los jurisconsultos y hasta de los literatos romanos. Fueron ignorados de nuestros grandes intérpretes de los siglos XVI y XVII, que creyeron que los *caduca* por la ley PAPIA se atribuian directamente al fisco. Heinecio, á quien se debe acerca de esta ley un trabajo estimable, ha incurrido, como los demas, en el mismo error.

(2) Ulp. Reg. 17. §. 2.

(3) Ulp. Reg. 17. §. 3.

(4) Ulp. Reg. 18. *Habeant jus antiquum in caducis.*—Cod. 6. 51. 1. pr. const. Justin.

(5) Cod. 8. 58. *De informandis pœnis cœlibatus, orbitatis et (de) decimariis sublatis.*

(6) Cod. 6. 51. *De caducis tollendis.*

(7) Cod. 6. 51. § 11. *De caducis tollendis.*

tan ingeniosamente analíticas entre las cuatro especies de legados, entre los casos, sobre todo, en que el legado produce la propiedad, y aquel en que sólo produce una obligacion. Justiniano decretó que todos los casos prestasen la accion real; adoptó, pues, la disposicion que concernia á los legados *per vindicationem*, y en todos habria de tener lugar la acrecion. Pero lo que el Emperador decretó es imposible en muchas ocasiones; los legados, en un gran número de casos, por la naturaleza misma de la cosa legada, sólo pueden crear una obligacion; mas una obligacion se divide de pleno derecho; pero esto no importa, pues no se hará ninguna diferencia; el espíritu de unidad simplifica, pero con la obligacion de no hacer cuenta de aquellas diferencias delicadas que descubre un razonamiento sutil (1).

Sin embargo, si la acrecion tiene lugar cuando la misma cosa ha sido legada, tanto conjunta cuanto separadamente, no tiene lugar de la misma manera. En el primer caso (entre conjuntos *re et verbis*) es voluntaria la acrecion y sólo aprovecha á quien la acepta; pero tiene lugar con sus cargas, es decir, con las cargas que gravaban al legado que ha caducado: aquí el Emperador se aprovecha de la legislacion de la ley PAPIA. En el segundo caso, por el contrario (entre conjuntos *re tantum*), la acrecion es forzada, pero se verifica sin ninguna carga (2). ¿De qué idea de razonamiento se deduce esta distincion? En esta época ya no se trataba de fórmulas, de efectos rigorosos, resultado de sus términos precisos, pues por la intencion del testador, se apreciaban principalmente las disposiciones. Mas en el último caso, es decir, entre conjuntos *re tantum*, habiendo sido legada la cosa en su totalidad á cada uno separadamente, de tal manera que hubiese, no ya un solo legado, sino otros tantos legados cuantas han sido las personas, es verdaderamente imposible, á pesar de haber desaparecido las fórmulas, que se presente un caso de acrecion; esta expresion que se le aplica es absolutamente impropia; lo que se verifica es una no-decrecion: el legado que queda permanece tal como ha sido formado ó declarado por el testador, no presentándose nadie

(1) A pesar de la disposicion de Justiniano, han quedado en los fragmentos del Digesto muchas huellas del antiguo derecho para tormento de los comentadores. Particularmente Dig. 30. 1.º 16. pr. f. Pomp.; 34. § 9. f. Ulp.; 82. § 5 y 84. § 8. f. Julian. — 31. 2.º 7. f. Paul.; 13. pr. y § 1. f. Pomp.; 89. § 2. f. Scevol. — 32. 3.º 38. § 2. f. Scevol. — 41. § 9. f. Scevol. y 89. f. Paul. — 33. 2. 14. f. Cels.

(2) Cod. 6. 51. 1. § 11.

que obligue al legatario á que haga una particion. En cuanto al primer caso, por el contrario, es decir, aquel en que el legado ha sido dejado conjuntamente (*re et verbis*), no hay más que una sola disposicion, pues los legatarios han sido en cierto modo asociados por el testador en un derecho *pro indiviso;* por consiguiente, Justiniano considera la falta de uno de los legatarios como capaz de dar lugar á una verdadera acrecion; la porcion de uno va á agregarse á la del otro. — Si los legatarios son conjuntos *verbis tantum*, no son realmente colegatarios de la misma cosa y no puede verificarse ninguna acrecion. Esta es la opinion que adoptamos áun en la legislacion de Justiniano (1).

Que el legatario en cuyo beneficio deba verificarse la acrecion viva todavía ó que haya muerto en el momento en que dicha acrecion ocurre, poco importa con tal que no haya muerto hasta despues de la fijacion en beneficio suyó del derecho eventual al legado (despues del *dies cedit*), y que, por consiguiente, haya trasmitido su derecho á sus herederos; éstos se aprovecharán de la acrecion. «*Quia retro accrevisse dominium ei videtur*», dice Ulpiano (2). Véase por qué se dice á veces que la parte del que falta acrece, no á la persona sino á la parte. Locucion enteramente inexacta si se entiende en el sentido de que es preciso que esta parte subsista todavía. La existencia de dicha parte, lo mismo que la de la persona, no es materialmente necesaria. Que la parte ya recibida por el legatario en dinero, vino, aceite, ganado, animales, esclavos, tierras ó cualquiera otro objeto, haya sido consumida, destruida ó no exista ya por cualquiera causa en el momento en que se verifica la acrecion, no dejará ésta por eso de tener lugar (3). Hay más: supongamos que se trata, por ejemplo, de una casa ó de un fundo de tierra, y que la parte de este fundo, recogida por el le-

(1) No puede tratarse, con relacion al tiempo de Justiniano, del derecho de preferencia que les concedia la ley PAPIA; y equivocadamente ha quedado un vestigio de él en un fragmento inserto en el Digesto (V. p. 679. not. 2). Sin embargo, áun entre los intérpretes recientes juzgan algunos que Justiniano ha dado á estos *conjuncti verbis tantum* el derecho de acrecion, de la misma manera que tenian el *jus caduca vindicandi*, segun la ley PAPIA.

(2) Dig. 9. 2. 17. § 1. f. Ulp.; 34. f. Marcel.; 35. f. Ulp. — Un fragmento de Juliano (Dig. 35. 1. 26. § 1.) da un ejemplo de los casos en que puede suceder esto.

(3) V. una explicacion para el caso del legado de usufructo: Dig. 7. 1. 33. §. 1. f. Papin.; y 7. 2. 10. f. Ulp. — Á nuestro juicio no es ésta una excepcion particular al caso de usufructo, como lo indica nuestro colega M. DUCAURROY (*Instit. expliq.*, t. 2. p. 234. not. 1.ª); sino que es una regla general. — Pero la acrecion, en materia de legados de usufructo, tiene otras particularidades; así uno de los legatarios, muerto áun despues del *dies cedit* ó despues del ejercicio de éste, no tienen sus herederos ningun derecho; ademas, en vez de volver su parte á la propiedad, acrece á sus colegatarios supervivientes.

gatario difunto ántes de la acrecion, haya sido vendida á un tercero; cuando se verifique la acrecion no irá á hacerse á la porcion del fundo que ha pasado á manos de un tercero, sino que se verificará en beneficio de los herederos que representan al legatario difunto. La parte, pues, no acrece á la parte, materialmente hablando; tampoco acrece á la persona, materialmente hablando, al individuo físico, corporal, que ha fallecido; pero acrece á la persona jurídica, á la que no destruye la muerte y continúan los herederos. Acrece tambien, si se quiere, á la parte jurídica considerada en abstracto como derecho, como cosa incorpórea deferida por el legado y unida á la persona jurídica.

Si hay más de dos colegatarios, la parte del que falta acrece á los demas proporcionalmente á la porcion de cada uno (1). Y si hay al mismo tiempo colegatarios *re tantum* y colegatarios *re et verbis*, éstos son preferidos. Por ejemplo, si un fundo de tierra ha sido legado al primero separadamente;—al (segundo y tercero conjuntamente);—al (cuarto, quinto y sexto tambien conjuntamente), vienen á ser estos tres legados distintos, y el fundo debe partirse en tres porciones, reservándose hacer una subdivision por cabezas en las disposiciones que comprendan muchos colegatarios. Si algun legatario falta, la acrecion se verifica desde luégo en cada disposicion, y despues de una á otra, si una de ella llega á faltar absolutamente.

Continuacion: De las cosas que pueden ser legadas.

IX. Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem detracto usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat: recte eum agere *et fundum petere* Julianus ait, *quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet;* sed *officio judicis contineri*, ut, deducto usufructu, jubeat æstimationem præstari.

9. Si aquel á quien ha sido legado el fundo de otro, ha comprado la mera propiedad, y despues llegase á reunir el usufructo, dice Juliano que este legatario puede obrar *y solicitar válidamente el fundo*, porque el usufructo en su demanda *sólo figura como una servidumbre*, pero corresponde *al oficio del juez ordenar* el pago del precio, hecha deduccion del usufructo.

Et fundum petere. Debe pedir el fundo, aunque sea propietario

(1) Dig. 31. 2.° 41. pr. f. Javol.

de él, y no el precio que le haya costado la mera propiedad; porque el fundo es lo que se le ha legado.

Pero al pedir el fundo, ¿no pedirá más de lo que es debido? Porque sólo por título oneroso ha adquirido la mera propiedad, y el usufructo lo ha adquirido gratuitamente, no teniendo en este punto que recibir ninguna indemnizacion. Si pide el fundo sin indicar que sea haciendo deduccion del usufructo, ¿no habrá por su parte *plus petition*, y no deberá, por consiguiente, conforme á los principios del dercho romano, quedar privado de su accion por haber pedido más de lo que se le debia? (1). Á esta pregunta Juliano responde que no.

Quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet. Tal es el motivo de su respuesta. La demanda de un fundo se reputa siempre intentada, y esto sucede sin decir que se haga deduccion de las servidumbres que gravan dicho fundo; del mismo modo se supone aquí intentada, haciendo deducion del usufructo adquirido gratuitamente. Si la palabra *fundus* designa ordinariamente la propiedad plena y entera, esto se entiende, ménos la servidumbre: mas el usufructo es una servidumbre; la palabra *fundus*, por otra parte, se usa á veces para designar la mera propiedad: «*Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est: quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter*», dice Paulo (2). Mas cuando hay en la *intentio* de la demanda una palabra dudosa, debe siempre interpretarse de un modo favorable al demandante: «*Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quos utilius ei, accipiendum est*» (3).

Officio judicis contineri. El legatario solicita conforme á la disposicion testamentaria y por la accion *ex testamento* la cosa legada; pero el juez no tiene necesidad de ordenar la prestacion de ella en especie, pues el legatario es ya propietario y poseedor de la misma. Sólo le corresponde pronunciar una sentencia de condenacion á una suma equivalente. Pero dicha condenacion sólo comprenderá el precio, deducido el usufructo (4).

X. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia,

10. Si se lega al legatario su propia cosa, el legado es inútil, porque lo

(1) Instit. 4. 6. 33.
(2) Dig. 50. 16. 25. pr. f. Paul.
(3) Dig. 5. 1. 66. f. Ulp.
(4) Dig. 30. 1.° 82. § 2. f. Julian.

quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest; et, *licet alienaverit eam*, non debetur nec ipsa, nec æstimatio ejus.

que ya es propiedad suya no puede llegar á serlo en mayor grado; y *aunque la enajenase despues*, el heredero no le deberá ni la cosa ni su valor.

Licet alienaverit eam: aquí se hace una aplicacion de la regla Catoniana; no habiendo valido nada el legado en su principio, es inútil que el legatario enajene su cosa despues de la formacion del testamento. En el Digesto nos da la misma decision un fragmento de Ulpiano (1). Sin embargo, otro fragmento de Celso presenta este caso como uno de aquellos en que no debia tener aplicacion el efecto de la regla Catoniana (2).

XI. Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam *plus valet quod in veritate est quam quod in opinione*. Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

11. Si alguno lega su propia cosa creyéndola de otro, el legado es válido, *porque la realidad es superior á lo que se funda* en la opinion. Y áun si la ha creido del legatario, el legado es válido, porque la voluntad del testador puede tener cumplimiento.

Plus valet quod in veritate est quam quod in opinione. Generalmente se ha considerado esta máxima como una regla de derecho, que significaria que la realidad debe ser superior á la opinion. Esta regla está muy léjos de ser siempre exacta. No nos parece que el texto significa otra cosa, sino que siendo la realidad en la especie, superior á lo que piensa el testador, es decir, siendo éste propietario de la cosa, cuando cree no serlo, el legado se mantiene *à fortiori:* porque si ha creido legar creyendo que no era propietario, con mayor razon lo habrá querido cuando se halla en una situacion más favorable (3). Tambien hallarémos en el Digesto casos diversos en que los jurisconsultos nos dirán por el contrario: «*Plus est in opinione quam in veritate*» (4). Esto tiene lugar principalmente cuando el testador ha legado la cosa de otro, creyéndose propietario de ella; en su pensamiento se ha creido con más

(1) Dig. 30. 1.º 41. § 2. f. Ulp..

(2) Dig. 7. 1. 34. § 2. f. Cels.

(3) El sentido, tal como lo entendemos, es evidente en la ley siguiente: Dig. 22. 6. 6. § 4. f. Paul.—Y tambien 40. 2. 4. § 1. f. Julian.

(4) Dig. 29. 2. 15. f. Ulp. Aquí el heredero de que se trata se cree más ligado de lo que realmente está, y esto basta para que no pueda válidamente repudiar la herencia.—Sin embargo, en el fragmento de Paul: Dig. 41. 4. 2. § 15. f. Paul., la frase: *Ut hic plus sit in re quam in existimatione*, está bien tomada en el sentido de que en esta especie la realidad debe ser superior á la creencia.—El fragmento: Dig. 47. 10. 18. §§ 3 y siguientes nos presenta casos en que es preciso considerar tanto la realidad como la opinion.

derecho del que realmente tenía; desde entónces puede dudarse de que hubiese hecho el legado si hubiese sabido la realidad: tambien hemos visto más arriba, que basta su error en este caso para hacer nulo el legado. Las expresiones *plus est in veritate..... etc.; plus est in opinione.....* etc., no nos parece que expresan las más veces sino un hecho existente en cada especie, y de que se sacan diversas consecuencias segun los casos, pero no una regla de derecho.

XII. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, *si non adimendi animo vendidit*, nihilominus deberi, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt eum qui post testamentum factum, prædia quæ legata erant pignori dedit, *ademisse non legatum videri*, et ideo legatarium cum herede agere posse, ut prædia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alineaverit, pars quæ non est alienata omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

12. Si habiendo legado el testador su cosa la enajena despues, juzga Celso que *si la venta no ha sido hecha con intencion de revocar el legado*, la cosa se debe siempre, cuya opinion adoptaron en un rescripto los divinos Severo y Antonino. Estos mismos establecieron por un rescripto que del testador que da en prenda los fundos legados, no se juzga que ha revocado el legado, y que el legatario podrá reclamar del heredero que desempeñe los fundos. Si el testador ha enajenado una parte de la cosa legada, la parte no enajenada queda debiéndose en todos los casos; y en cuanto á la parte enajenada, sólo se debe en el caso de que la venta haya sido hecha sin intencion de revocar el legado.

Este texto se hallaria más metódicamente clasificado bajo el título de la revocacion de los legados. Esta revocacion, en efecto, áun bajo el imperio del puro derecho civil, podia tener lugar no sólo expresamente por una fórmula contraria á la que habia constituido el legado, sino áun indirectamente, por consecuencia de hechos que hubiesen destruido la disposicion, como, por ejemplo, si el testador lo hubiese borrado; ó que hubiese puesto la cosa en estado de no poder ser objeto de un legado. La jurisprudencia y el derecho pretoriano, más condescendientes que el derecho civil, habian admitido como capaces de llevar consigo la revocacion del legado, al ménos por vía de excepcion, los hechos que indicasen bastantemente el cambio de voluntad del testador. Mas aquí se trata de apreciar bajo este aspecto el efecto de la enajenacion ó de la hipoteca de la cosa legada, verificada por el testador con posterioridad al legado.

Si non adimendi animo vendidit. Vemos en Gayo que este dictámen de Celso no era conforme á la opinion general. En cuanto al legado *per vindicationem*, no era posible la menor duda; siempre se revocaba por la enajenacion de la cosa legada, pues dejando dicha cosa de pertenecer al testador, dejaba de poder ser objeto de semejante legado. En cuanto á los legados *per damnationem*, la opinion general era que tambien quedaba revocado (*plerique putat*, etc.), no, á la verdad, segun el derecho civil, sino por vía de excepcion; y que presentándose á pedirlo el legatario, podria openérsele la excepcion de dolo (1). Esta opinion, confirmada por un rescripto de Severo y Antonino, se halla confirmada por Justiniano. En efecto, pudiendo ser válidamente legada la cosa de otro, se verifica la revocacion, no por la enajenacion en sí misma, sino por el cambio de intencion que dicha enajenacion manifiesta. Si este cambio de voluntad no ha existido, no hay revocacion (2). El hecho de recobrar la cosa enajenada no renueva el legado, á ménos que no pruebe el legatario que ha habido nueva voluntad del testador (3).

Ademisse legatum non videri. No hay revocacion, si el testador ha dado la cosa en prenda, ó áun en otro tiempo, si la habia dado en fiducia (4). En efecto, por la hipoteca ó por la prenda no pierde el testador la propiedad; y por otra parte son tales obligaciones contraidas evidentemente por necesidad, y que desde luégo no indican ninguna intencion de revocar el legado.

XIII. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est; et neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus *potest here petere*, neque ab alio qui heredis loco est, sed et potest a debitore conveniri, *ut liberet eum.* Potest autem quis *vel ad tempus* jubere, ne heres petat.

13. Si un acreedor lega á su deudor su solvencia, el legado es válido; no sólo *no puede el heredero reclamar ya el pago* al deudor ni á sus herederos ó causahabientes, sino que áun puede ser reconvenido por el deudor *para que lo considere como libre de la obligacion.* Puede tambien el testador prohibir al heredero que persiga al deudor durante cierto tiempo.

Se trata aquí del legado *de liberacion,* materia acerca de la cual

(1) Gay. 2. § 198.

(2) Si la enajenacion habia sido hecha por necesidad (*necessitate urgente*), tocaria á los herederos probar la intencion de revocar. Dig. 32. 11. § 12. f. Ulp.—Otra cosa seria si hubiese sido hecha sin ninguna necesidad, como, por ejemplo, por donacion: Dig. 34. 4. 18. f. Modest.

(3) Ib. 15. f. Paul.

(4) Paul. Sent. 3. 6. § 16.—Cod. 6. 37. 3. const. de Severo y Antonino.

hallamos en el Digesto un título especial (1).—Que el testador haya dicho : « Lego á tal deudor su deuda (*liberationem legare*), ó prohibo á mi heredero que le demande (*heredem damnare ne petat*); ó lego á tal deudor lo que me debe» (*debitoribus ea quæ debent legare*); el resultado es el mismo; hay legado de deliberacion (2). Podria decirse con sutileza que legar al deudor lo que debe es legarle una cosa que le pertenece, y por consiguiente, el legado no debe ser válido. Pero cualquiera que haya podido ser, en tiempos anteriores, la duda suscitada por esta objecion, es cierto que no fué apreciada. « *Debitoribus ea quæ debent recte legantur*, dice Ulpiano, *licet domini eorum sint*» (3); y en otra parte, el mismo jurisconsulto añade : « *Liberationem debitori posse legare jam certum est*» (4).

El legado de liberacion recibe de los principios del derecho romano, relativos á la extincion de las obligaciones, un carácter absolutamente particular. El legado no es un medio reconocido por el derecho civil para extinguir las obligaciones; por consiguiente, el deudor, á pesar de la disposicion hecha en su favor, queda siempre obligado segun el derecho civil; el heredero podrá siempre dirigir contra él una accion, pero para oponerse á ésta tendrá aquél una excepcion de dolo. En este sentido es preciso entender esta expresion del texto : *Neque potest heres petere.*—Sin embargo, el legatario queda así á discrecion del heredero; siempre expuesto á su accion, no ha obtenido lo que el testador queria proporcionarle, su liberacion. Tambien en virtud del testamento podrá proceder por la accion *ex testamento*, para obligar al heredero á que lo deje libre de toda obligacion, á extinguir ésta por un medio de extincion conforme al derecho civil; á saber, por una simple convencion ó por el solo consentimiento, si se trata de una obligacion, que sólo de esta manera ha sido contraida (V. I. 5. tít. 29, § 4), y en caso contrario por aceptilacion (Ib., §§ 1 y 2). Esto es lo que dice nuestro texto en esta expresion : *Potest a debitore conveniri ut liberet eum.* La alternativa se halla expresada lacónicamente por Ulpiano, en estos términos : « *Sive a me petatur, exceptione uti possum; sive non petatur, possum agere ut liberer per*

(1) Dig. 34. 3. *De liberatione legata.*
(2) Veanse diversas fórmulas de este legado : Dig. 34. 3.
(3) Dig. 34. 3. 1. pr. f. Ulp.—Ib. 3. pr. f. Ulp.
(4) Dig. 44. 4. *De doli mali except.* 8. § 1. f. Paul.

acceptilationem» (1); y Paulo dice con más precision : *Potest uti exceptione doli mali debitor, et agere ex testamento* (2).

El legado de liberacion puede hacerse áun indirectamente, como, por ejemplo, legando al deudor el título de su obligacion (*chirographum*); al ménos en este caso valdrá como fideicomiso (3). Encontramos en los fragmentos de los jurisconsultos un gran número de fórmulas de legados semejantes, que nos prueban que se habia dejado la mayor latitud á la expresion de ellos (4).

El legado de liberacion puede por lo demas aplicarse á lo que el deudor debe, ya al mismo testador, ya al heredero ó ya á un tercero (5). El heredero está obligado en el primer caso á dejarlo en libertad, y en el último á proporcionarle igual beneficio.

Vel ad tempus. En este caso el legatario no tiene derecho para hacerse libertar; sólo tiene una excepcion *doli mali* dilatoria, esto es, si se le persigue ántes de tiempo.

XIV. Ex contrario, si debitor creditori suo, quod debet legaverit, inutile est legatum si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quod si in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, aut conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum quia semel constitit. Quod et verum est: non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest.

14. Por el contrario, si un deudor lega á un acreedor lo que le debe, el legado es nulo, cuando no contenga nada más que el crédito, pues no haria que el legatario obtuviese nada. Pero si la cosa debida á plazo bajo condiciones es legada pura y simplemente, el legado es válido, porque se anticipa el pago de la deuda. Si el fenecimiento del plazo y el cumplimiento de la condicion ocurren en vida del testador, juzga Papiniano que el legado, sin embargo, permanece válido, porque lo ha sido al principio. Y esto es cierto : no ha sido admitida la opinion de los que juzgaban extinguido el legado por haber llegado á una situacion en que no habria podido producir efecto.

---

(1) Dig. 34. 33. § 3. f. Ulp.—Añade Ulpiano que hay casos en que el deudor no podrá hacerse libertar por aceptilacion, sino sólo por un pacto; por ejemplo, si hay dos deudores mancomunados, y el legado ha sido hecho en favor de uno solo, porque la aceptilacion hecha respecto de éste extinguiria igualmente la deuda respecto del otro. Pero ¿qué ganará el deudor con este pacto de liberacion? Un pacto no extingue la accion, ni da más que una excepcion, y el deudor ya tenia una en virtud del testamento. Una vez que el pacto intervenga, se hallará su derecho más asegurado; no tendrá ya que temer ningun litigio, ni acerca de la validez de su legado, ni sobre la del codicilo en que haya podido hacerse, ni sobre la reduccion de la ley Falcidia, ni sobre cualquier otro punto. Invocará el pacto, y no el legado.

(2) D. 44. 4. 8. § 1. f. Paul.

(3) Dig. 34. 3. 3. §§ 1 y 2. f. Ulp.

(4) Dig. 33. 3. 9. f. Ulp.; 12. f. Julian; 16. f. Paul.; 19 y 20. f. Modest.; 22. f. Papin.; 25 f. Paul.; 28 y 31. f. Scevol.

(5) Dig. 34. 3. 8. pr. f. Pomp.

Legar á un acreedor lo que se le debe sin añadir á esto ningun beneficio, no es ningun acto de liberalidad hecho en su favor; no ha habido, pues, legado. Pero como en tiempo de Justiniano daba el legado no sólo una accion personal, sino áun acciones real é hipotecaria, bien extraño sería que no tuviese más ventajas que el crédito ú obligacion.

XV. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia *plenius est legatum quam de dote actio.* Sed si, quam non acceperit, dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero *certa pecunia*, vel *certum corpus*, aut *instrumentum dotis* in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

15. Si el marido lega á su mujer su dote, el legado es válido, *porque ofrece más ventaja que la accion de dote.* ¿Pero qué se decidirá si la mujer no hubiese llevado ningun dote? Segun un rescripto de Severo y Antonino, se hace una distincion; si el legado se hace sin más explicacion, es nulo. Mas, por el contrario, es válido si hace alguna indicacion relativa *á separar del caudal una cierta suma, un objeto determinado, ó tal cantidad llevada en virtud de contrato dotal.*

Plenius est legatum quam de dote actio. La accion de dote (*rei uxoriæ actio*) dejaba, ya al marido, ya á sus herederos obligados á restituir la dote, ciertos medios de facilitar esta restitucion, con un plazo ademas respecto de los objetos fungibles, ó ciertas retenciones, que hacen, como, por ejemplo, la de las impensas útiles hechas en los bienes dotales, cuyo derecho tendrémos en adelante ocasion de explicar (V. lib. 4, tít. VI, § 29), y que el legado no consentia. Habia, pues, ventaja para la mujer en recobrar su dote por la accion *ex testamento*, en virtud del legado que le hubiese hecho el marido. Por eso el legado de la dote parece haber sido muy usado entre los romanos. Y en esta parte se hallaba recibida y autorizada la expresion de *dos prælegata* (1).

Certa pecunia, certum corpus. Diciendo: «Lego á mi mujer lo que ella me ha traido en dote», si ella no ha traido nada, claro es que no hay legado; pero si el testador ha dicho: «Lego á mi mujer cien sueldos de oro, ó tales esclavos, ó tales fundos de tierra, que me ha traido en dote», y nada hubiese traido, el legado es válido, porque las palabras *que me ha traido* no son más que una falsa demostracion, una falsa calificacion, que en nada vicia un acto de liberalidad (2).

(1) V. en el Dig. un título especial acerca de esta materia, 33. 4. *De dote prælegata.*

(2) Cod. 6. 44. 3. const. de Alejand.; 5. const. de Diocl. y Maxim.—Dig. 34. 3. 25. f. Paul.

Instrumentum dotis. No basta que el testador haya dicho : *el acto dotal*, pues si no ha habido dote, no ha habido acto, y por consiguiente no se legará nada. Pero otra cosa sucede si ha dicho: *tales* sumas ó *tales* objetos incluidos en el acta dotal; así debe ser, pues, el sentido de nuestro texto.

Prælegando. La expresion *prælegare dotem* se hallaba, como hemos visto, sancionada, probablemente porque semejante legado conferia el derecho de obtener la dote *præ*, anticipadamente, es decir, ántes del plazo concedido para su restitucion.

Pérdida, acrecion ó decrecion de la cosa legada.

Los principios relativos al *dies cedit* ilustran y dominan toda esta materia.

XVI. Si res legata *sine facto heredis* perierit, *legatario decedit.* Et si servus alienus legatus, sine facto heredis *manumissus fuerit*, non tenetur heres Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, tenerit eum Julianus scripsit, *nec interest scierit an ignoravit, a* se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumisserit, tenetur heres, *quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.*

16. Si la cosa legada llega á perecer, *sin el hecho del heredero*, perece para el legatario. Si el esclavo de otro, que ha sido legado, *llega á ser manumitido*, sin el hecho del heredero, éste no está obligado á nada. Pero si el esclavo del heredero hubiese sido legado, y éste lo hubiese manumitido, segun Juliano, queda obligado, *sin distinguir si ha sabido ó no* que este esclavo ha sido legado á cargo suyo. Lo mismo se entiende si ha hecho donacion de este esclavo y el donatario lo ha manumitido.

Sine facto heredis. No se dice *sin que sea por falta,* sino sin *el hecho;* porque el simple hecho bastaria para mantener su obligacion hácia el legatario, segun vemos al fin del párrafo.— Si no ha sido por el hecho del heredero, sino por el de su esclavo, el heredero está obligado á una accion noxal (1).

Legatario decedit. Que sea ántes del *dies cedit* ó despues, ó áun con posterioridad al *dies venit*, poco importa. Si es ántes del *dies cedit*, careciendo ya de objeto el legado, se extingue : el legatario nunca ha tenido derecho, y ni áun puede pedir los restos y partes accesorias de la cosa (2). Si sucede despues del *dies cedit* ó áun despues del *dies venit*, ya que el legatario por efecto del legado fuese simplemente acreedor, ya que fuese propietario de la cosa

(1) Dig. 30. 1.° 48. pr. f. Pomp.

(2) Dig. 31. 2.° 49. pr. f. Paul.—Dig. 32. 3.° 88. § 2. f. Paul.

legada, sus derechos de crédito ó de propiedad perecen por falta de objeto, pero subsisten en cuanto á los restos y partes accesorias. — Bien entendido, que en vida suya ha sido libre el testador para hacer de su cosa cuanto le ha parecido, y que si en aquel tiempo ha perecido por falta de alguno, no adquiere por esto el legatario ninguna accion para indemnizarse, porque su derecho no ha existido nunca.

Manumissus fuerit. El esclavo manumitido ha salido de la clase de las cosas que se hallan en el comercio: el legado ó la obligacion que ha producido se extingue por falta de objeto.

Nec interest scierit an ignoravit. Porque el simple hecho de parte del heredero basta para mantener la obligacion producida por el legado (1).

XVII. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, et si *ordinarii servi cum vicariis* legati fuerint, et licet mortui sint ordinarii tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, et peculii legatum extinguitur. Idem est, si *fundus instructus vel cum instrumento* legatus fuerit, nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur.

17. Si el testador ha legado una esclava con sus hijos, aunque la madre haya muerto, el legado subsiste en cuanto á los hijos. Del mismo modo, si ha legado *esclavos ordinarios con sus vicarios*, muertos los ordinarios, no deja de subsistir el legado en cuanto á los vicarios. Pero si ha legado un esclavo, con su peculio, muerto el esclavo, enajenado ó manumitido, deja de deberse el peculio. Lo mismo sucede respecto del legado de un fundo *provisto de instrumentos*, ó *con sus instrumentos*: enajenado el fundo, ya no se deben los instrumentos.

Si el legado comprende muchos objetos distintos y separados, la pérdida de los unos no lleva consigo la extincion del legado respecto de los demas. Por el contrario, la pérdida del objeto principal extingue el legado respecto de todo lo que es considerado como accesorio de este objeto. Tal es el principio de que hace aplicacion nuestro párrafo; el hijo no es el accesorio de su madre, ni el esclavo vicario el accesorio del esclavo ordinario; el peculio, por el contrario, es la accesion del esclavo (2); los instrumentos son la accesion del fundo rural, que acompañan (3).

(1) Dig. 36. 1. 25. § 2. f Julian.

(2) El Dig. contiene un título especial acerca del legado del peculio: D. 33. 8. *De peculio legato.*

(3) Lo mismo sucede en el legado de un fundo provisto de instrumentos ó con instrumentos. Dig. 33. 7 *De instructo vel instrumento legato.*

Ordinarii servi cum vicariis. Regularmente se llama esclavo *ordinario* al que en el servicio del amo ha sido destinado especialmente á un cargo : cocinero (*coquus*), panadero (*pistor*), zapatero (*sutor*), barbero (*tonsor*), administrador (*actor*); y los que han sido puestos á su disposicion ó comprados por él, ya para ayudarle en su servicio, ya para suplir sus faltas en caso necesario, eran sus *vicarios*. Formaban éstos parte del peculio del esclavo ordinario, de donde tomaron, en un sentido más general, la denominacion de *vicarios*, que llegó á designar á todo esclavo que se encontraba en el peculio de otro. Sin embargo, en el legado de un esclavo con su vicario, aunque este último se hallase en el peculio de otro, se ha visto el legado de dos hombres distintos, y no de un hombre con su accesorio : *propter dignitatem hominum*, dicen los jurisconsultos romanos (1).

Fundus instructus, vel cum instrumento. Segun Labeon, no hay distincion que hacer entre estas dos expresiones (2). Pero Sabino expresa una opinion que sucesivamente llegó á prevalecer (*quam sententiam quotidie increscere et invalescere videmus*, dice Ulpiano): el fundo provisto (*fundus instructus*) contiene más que el fundo con sus instrumentos (*cum instrumento*). En el primer caso se expresa el fundo tal como se halla provisto, sin distinguir lo que sirve para el cultivo de lo que está destinado á la utilidad y recreo de las personas que lo habitan, como las mesas de mármol, los libros y las bibliotecas : por manera que se juzga que el testador ha legado, no sólo el *instrumentum* del campo, sino tambien su propio *instrumentum*. Por el contrario, en el segundo caso sólo se entiende el *instrumentum* del campo, es decir, todo lo que sirve para el cultivo (3). Segun Paulo, si el testador ha dicho *fundum et instrumentum*, habrá dos legados separados ; la pérdida del fundo no llevará consigo la del legado del *instrumentum* (4).

XVIII. Si grex legatus fuerit, *posteaque ad unam ovem pervenerit*, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oves, quæ *post testamentum factum* gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait,

18. Si algun rebaño legado queda despues reducido á una sola oveja, el legatario puede vindicar el resto. El legado de un rebaño comprende, segun Juliano, hasta las ovejas agregadas *despues de la formacion*

(1) Dig. 21. 1. 44. pr. f. Paul.—33. 8. 15. f. Alfr. Var. ; 16. f. Afric. 25. f. Cels.—Inst. 4. 7. § 4.

(2) Dig. 33. 7. 5. f. Labeon.

(3) Ib. 12. §§ 27 y sig. f. Ulp. ; y 16. f. Alfen.—Paul. Sent. 3. 6. §§ 35 y sig.

(4) Dig. 33. 7. 5.— Por lo demas, el sentido latino de la palabra *instrumentum* no tiene traduccion, quizá en ninguna lengua moderna, que exprese un sentido tan lato como en latin. (*N. del T.*)

est enim gregis *unum corpus*, ex distantibus capitibus, sicuti ædium unum corpus est, ex cohærentibus lapidibus.

del testamento; en efecto, un rebaño forma un solo cuerpo compuesto de diferentes cabezas, lo mismo que un edificio es un solo cuerpo compuesto de piedras reunidas.

Ad unam ovem pervenerit. Aunque ya en realidad no sea posible decir que existia un rebaño (*quamvis grex desisset esse*); del mismo modo si la casa legada se ha incendiado ó se derriba, subsistirá el legado en cuanto al terreno (1).

Otra cosa sería respecto del usufructo, como ya hemos visto, porque el derecho de usufructo sólo existe sobre la cosa considerada en su manera principal de ser, que se ha tenido presente al establecer el derecho, y no en los elementos materiales que la componen.

Post testamentum. El rebaño es una especie de universalidad, capaz de recibir adjunciones ó supresiones en los objetos individuales que lo componen. El tiempo que debe considerarse para determinar los derechos del legatario es en este lugar, como en otros, el del *dies cedit:* en este momento, el derecho eventual del legatario se fija y determina, tanto con relacion á las cosas como con relacion á las personas : el legado recae, pues, sobre el rebaño tal como se halla en aquel momento.

XIX. Ædibus denique legatis, columnas et marmora, quæ *post testamentum factum* adjecta sunt, legato cedere.

19. En el legado de un edificio están comprendidos las columnas y los mármoles añadidos *desde la formacion del testamento.*

Post testamentum factum: hasta el *dies cedit.* Siempre es el mismo principio.

XX. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accidit vel decidit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris, ante aditam hereditatem, servus acquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia dies hu-

20. En un peculio legado, sin duda alguna lo que lo aumenta ó disminuye en vida del testador, es ganancia ó pérdida para el legatario. Pero si se trata de adquisiciones hechas por el esclavo despues de la muerte del testador, y ántes de la adicion de la herencia, Juliano distingue: si al esclavo mismo el peculio ha sido legado con manumision, todo lo que ha adquirido ántes de la adicion de la herençia le aprovecha,

(1) D. 30. 1.° 22. f. Pomp.

jus legati ab adita hereditate cedit; sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi *ex rebus peculiaribus* auctum fuerit. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis, si vivus manumisserit suficit si non adimatur; et *ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Idem rescripserunt*, peculio legato, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt, *peculium videri legatum*, cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliquas inferre.

porque para semejante legado sólo se fija el derecho (*dies cedit*) á la adicion de la herencia; si ha sido á un extraño, no se aprovecha de tales aumentos, á ménos que no provengan de las cosas mismas del peculio. Por lo demas, el esclavo manumitido por testamento no tiene derecho al peculio si no le ha sido legado; miéntras que manumitido entre vivos, basta que no haya sido privado de él; así lo han decidido los *divinos Severo y Antonino*. Segun estos emperadores, el legado del peculio no da al esclavo el derecho de reclamar las sumas que hubiese adelantado por cuenta de su señor. En fin, *se juzgará* que se le hace legado del peculio, si el testador ha ordenado que el esclavo sea libre despues de haber dado sus cuentas y pagado de su peculio el alcance que contra él resulte.

La inteligencia de este párrafo es muy sencilla por medio de los principios que hemos expuesto acerca del *dies cèdit*. Se trata siempre de su aplicacion.

El peculio, lo mismo que el rebaño, es una especie de universalidad que acrece ó decrece. ¿En qué momento se le habrá de considerar, cuando ha sido legado? Lo mismo que en todas las cosas: en el momento del *dies cedit;* pues en este momento se fija el derecho eventual del legatario. Basta, pues, el recordar cuál es este momento.

Si el legado ha sido hecho pura y simplemente á un extraño, sabemos que la fijacion del derecho eventual (el *dies cedit*) tiene lugar en el momento de la muerte; el legado, pues, recae sobre el peculio tal como se halla en este tiempo. — Si, por el contrario, el legado se ha dejado con la libertad al propio esclavo del testador, sabemos que la fijacion del derecho (el *dies cedit*) sólo puede tener lugar en el momento en que el esclavo adquiera la libertad; esto es, al tiempo de la adicion; el derecho de legado se fijará, pues, sobre el peculio, tal como se hallase en el momento indicado (1). — La misma cuestion se presenta, y debe resolverse del mismo modo, en el legado de un rebaño ó de cualquiera otra universalidad.

(1) Dig. 33. 8. 8. § 8. f. Ulp. — 36. 2. 17. f. Julian. — 15. 1. 57. §§ 1 y 2. f. Trif.

Ex rebus peculiaribus. Debiendo entenderse que si no se trata de nuevas adjunciones, sino de un aumento procedente de las cosas mismas del peculio, como, por ejemplo, del aluvion de los campos, de la cría de los animales, etc., aunque ocurrida despues del *dies cedit*, estos aumentos corresponden al legatario.

Ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Los emperadores Diocleciano y Maximiano han dado la misma decision en una constitucion inserta en el Código de Justiniano (1): el esclavo manumitido entre vivos lleva consigo su peculio, si el señor se lo permite, porque el consentimiento del señor no puede ménos de manifestarse: si en vez de retener el peculio, permite al esclavo que se lo lleve, es claro que quiere dárselo. El esclavo manumitido por testamento no tiene, por el contrario, derecho al peculio, á no ser que le haya sido legado, pues no hay de parte del señor ningun acto que manifieste la intencion de dárselo.

Iidem recripserunt. Las palabras de este rescripto nos han sido trasmitidas por Ulpiano: « *Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniæ quam se in rationem domini impendisse dicit* » (2). No hay verdadera deuda entre el señor y el esclavo que tenga un peculio, pues en definitiva, no sólo el peculio, sino hasta el mismo esclavo son del señor. Pero de hecho puede haber cuentas entre ellos, como, por ejemplo, si el esclavo ha adelantado alguna cosa de su peculio por cuenta de su señor. Estos adelantos son los que en el rescripto de Severo y Antonino no se permite que el esclavo pida cuando le ha sido legado su peculio, á ménos que el difunto no hubiese manifestado intencion ó deseo de que le fuesen reembolsados dichos adelantos. Pero lo que no puede pedir directamente podria retenerlo por compensacion, si por su parte tuviese alguna cuenta con su señor (3).

Peculium videri legatum. Este es un legado indirecto del peculio; en efecto, si la intencion del testador era necesaria, no era indispensable que fuese terminantemente expresada: bastaba que resultase suficientemente de las circunstancias (4).

---

(1) Cod. 7. 23.

(2) Dig. 33. 8. 6. § 4. f. Ulp.

(3) Ib. — V. Ib. 5. f. Paul., y 6: § 5. f. Ulp., para el caso en que se trate de deudas ó de créditos entre el peculio y no el testador sino el heredero. En este caso siempre debe darse razon de ello. — V. tambien Dig. 15. 1. 7. § 6. f. Ulp. en la misma cuestion, y en el caso del peculio dado al esclavo, no por legado sino entre vivos.

(4) Dig. 33. 8. 8. § 7. f. Ulp.

XXI. Tam autem corporales res quam in corporales legari possunt. Et ideo, et *quod defuncto debetur, potest alicui legari*, ut actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet: DAMNAS ESTO HERES, DOMUM ILIUS REFICERE, VEL ILLUM ÆRE ALIENO LIBERARE.

21. Se pueden legar las cosas tanto corpóreas como incorpóreas; por consiguiente, el testador *puede legar lo que se le debe*, de tal modo que el heredero esté obligado á ceder sus acciones al legatario, á ménos que el testador no hubiese exigido el pago en vida suya: porque en este caso se extingue el legado. El siguiente es tambien válido: MI HEREDERO SEA CONDENADO Á RECONSTRUIR LA CASA DE TAL PERSONA, Ó Á PAGAR LAS DEUDAS DE CUAL OTRA.

El texto vuelve aquí á las cosas que pueden ser objeto de los legados.

Quod defuncto debetur potest aliqui legari. Esto es lo que se llama el legado de deuda ó crédito (*legatum nominis*) (1). El texto nos indica el efecto general de este legado. La persona jurídica del difunto no pasa al legatario, y no está al alcance del testador que sea otra cosa; sólo el heredero es el que continúa su persona, y él solo es quien, á pesar del legado de la deuda, continúa como representante del difunto, siendo acreedor y teniendo las acciones. El efecto del legado se limitará á obligarle á suministrar al legatario estas acciones (*ut actiones suas legatario præstet*); á cedérselas, lo que no puede hacerse sino constituyendo al legatario como una especie de mandatario, de procurador del heredero, para promover estas acciones; pero procurador en sus propios intereses (*procurator in rem suam*). Por lo demas, á esto se limita la obligacion del heredero; en nada asegura el pago del deudor, ni áun la existencia de la deuda (2).

El texto nos suministra despues ejemplos de legados que consisten en actos impuestos al heredero: poco importa que se trate de actos que consistan en hacer ó en no hacer ó en tolerar, de parte del legatario: salvo lo que sea imposible ó ilícito, el legado es válido (3).

XXII. Si generaliter servus vel alia res legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

22. Si el legado es de un esclavo, ó de otra cosa cualquiera en general, la eleccion pertenece al legatario, á ménos de haber una disposicion contraria por parte del testador.

---

(1) Dig. 30. 1.° 44. § 6. f. Ulp.

(2) Dig. 30. 1.° 105. f. Julian.; 39. § 3. y 75. § 2. f. Ulp. — 34. 10. f. Julian.

(3) Dig. 30. 1.° 112 §§ 3 y 4. f. Marcian.

Aquí se trata del caso en que el testador ha legado una cosa en su género (*rem in genere; rem generaliter*), y no un cuerpo cierto, un objeto determinado en cuanto al individuo, *speciem*, como dicen los romanos. Esto es lo que los comentadores han llamado el legado de género (*legatum generis*). Para la validez de este legado es indispensable que el género se halle determinado dentro de ciertos límites; porque si se legase, por ejemplo, un animal ó una planta, el legado sería irrisorio, de una cosa incierta, y por consiguiente nulo (1). Lo mismo sucederia si el testador legase una casa, un fundo de tierra, y no los hubiese en su herencia; es tan grande la latitud en esta parte, que el legado más bien es ridículo que útil (*magis derisorium est quam utile legatum*); pero si hay casas ó fundos de tierra en la herencia, esta circunstancia determina bastante el objeto del legado: se deberá una de estas casas ó uno de estos fundos (2). Si, por el contrario, se ha legado un esclavo (*hominem*), ó un caballo, no es necesario que se halle en la herencia. El objeto del legado se halla suficientemente determinado por el género (3).

¿Á quién corresponderá la eleccion, al legatario ó al heredero?—Los antiguos jurisconsultos distinguian: Si el legado era *per vindicationem*, «TITIO HOMINEM DO», lo que no podia tener lugar sino en cuanto hubiese en la herencia objetos de este género, la eleccion correspondia al legatario, porque este legado conferia la accion real, la *rei vindicatio;* mas para vindicar una cosa que se pretende ser suya, es preciso designarla (4). Si, por el contrario, el legado era *per damnationem*, «HERES MEUS DAMNAS ESTO HOMINEM DARE», legado que podia tener efecto, ya hubiese ó no cosas semejantes en la herencia, teniendo sólo el legatario la accion personal, se seguia la regla comun de las obligaciones: el heredero obligado quedaba libre, dando á su eleccion la cosa debida (5). Bajo el imperio de Justiniano, que acumuló en todos los legados

---

(1) «*Legatum nisi certæ rei sit et ad certam personam deferatur, nullius est momenti.*» Paul. Sent. 3. 6. § 13.

(2) Dig. 30. 1.º 71. pr. f. Ulp.—Sin embargo, segun las opiniones de diversos intérpretes, el legado de una cosa *in genere* es siempre nulo, si no hay en la herencia cosas de dicho género.

(3) Ulp. Reg. 24. § 14.—Dig. 30. 1.º 13. f. Pomp., 37. pr. f. Ulp.—Este punto, sin embargo, se disputa entre los intérpretes.

(4) «*Si in rem aliquis agat, debet designare rem.... appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.*» Dig. 6. 1. 6. f. Paul.

(5) Ulp. Reg. 24. § 14.—Dig. 30. 1.º 108. § 2. f. Afric., evidentemente interpolado por los redactores del Digesto.

la accion real y la personal, es consiguiente dar la eleccion en todos los casos al legatario: « *Verius dici electionem ejus esse, cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii* » (1). Pero hay casos en que á pesar de la decision de Justiniano, no podria tener el legatario accion real: tales son todos aquellos en que la herencia no contiene ningun objeto del género legado: hallándose obligado el heredero sólo por la accion personal, debe tener la eleccion (2).—Salva, en toda especie de casos, la disposicon contraria del testador.

Nada importa á quién pertenezca la eleccion, pues no debe recaer ni sobre el mejor ni sobre el peor de los objetos (3).

XXIII. Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra, et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et, diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est, ut sive plures legatarii existant quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, *sive unius legatarii plures heredes*, et inter se circa optandum dissentiant alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat.

23. El legado de opcion, es decir, aquel por el cual el testador ordena que el legatario elegirá uno de sus esclavos ú otra cosa, en otro tiempo comprendia en sí una condicion: si el legatario moria sin haber optado, no trasmitia el legado á sus herederos. Pero por nuestra constitucion hemos reformado este punto: el heredero del legatario tendrá el derecho de optar, si el legatario no lo ha hecho en vida suya. Extendiendo nuestra prevision, hemos añadido que en el caso en que existiesen, *ya muchos colegatarios de opcion*, *ya muchos herederos de un solo legatario*, y hubiese entre ellos disentimiento sobre el objeto que debia elegirse, para evitar que el legado perezca (segun la decision poco favorable de la mayor parte de los jurisprudentes), el azar será juez, y prevalecerá la opinion del que sea designado por la suerte.

Aquí se trata del legado de opcion ó de eleccion, en el cual no es una cosa que se lega, sino una facultad personal, un derecho que ejercer, el derecho de escoger: « HOMINEM OPTATO ELE-

(1) Dig. 30. 1.° 108. § 2. f. Afric.

(2) Consúltense sobre este punto los fragmentos siguientes del Digesto: 30. 1.° 20. f. Pomp.—33. 5. 2. § 1. f. Ulp., y 12. f. Julian.—Á los cuales se opone: 30. 1.° 47. § 3. f. Ulp.;—84. § 3. f. Julian.—33. 6. 4. f. Paul.

(3) « *Id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur.* » Dig. 30. 1.° 37. pr. f. Ulp., y 110 f. Afric.

GITO» (1), la opcion, la eleccion misma; tambien se dice: *optio vel electio legatur* (2).

De este primer dato los jurisconsultos romanos habian deducido, con su lógica acostumbrada, las reglas especiales de esta especie de legados. Habiendo sido legada al legatario una facultad personal, es preciso que él mismo la ejerza, pues ejercerla por medio de otro sería modificar el legado. Por consiguiente, la opcion no puede hacerse por medio de procurador (3). Si hay muchos colegatarios, miéntras que no se pongan de acuerdo acerca de la eleccion, el legado se halla entorpecido. En fin, si muere el legatario ántes de haber hecho él mismo la opcion, no trasmite nada á sus herederos: la facultad personal que tenía se extingue con él; miéntras que en el legado de una cosa *in genere*, como es la misma cosa la que ha sido legada, si el legatario no muere hasta despues del *dies cedit*, el derecho eventual pasa á los herederos (4).—Veamos en el texto cómo Justiniano modifica el rigor lógico de estas dos últimas deducciones (5).

Sive unius legatarii plures heredes. La cuestion no podia presentarse así por los antiguos jurisconsultos, pues el legado no era transmisible á los herederos; no podia tener lugar sino en el caso de haber muchos colegatarios conjuntos, con la circunstancia de que si morian sin haberse puesto de acuerdo, se extinguia el legado. Bajo el imperio de Justiniano se presenta la cuestion lo mismo en un caso que en otro. El legado no perece ya, es cierto; pero como un desacuerdo perpétuo impediria su efecto y lo haria inútil, es preciso, si se quiere evitar este resultado, que equivale á una pérdida, hallar un medio de terminarlo, separándose del rigor de los principios.

En el legado de opcion es enteramente libre la eleccion del legatario: puede tomar la cosa que quiera, aunque sea la mejor (6). Tiene contra el heredero la accion *ad exhibendum* para hacer que se le presenten las cosas, á fin de poder verificar la eleccion (7).

(1) Ulp. Reg. 24 § 6.

(2) Un título especial del Digesto está destinado á esta materia: Dig. 33. 5. *De optione vel electione legata.*—Cicer. *De invent.* 2. 40.

(3) Conf. Dig. 50. 17. 77. f. Papin., con 123. f. Ulp.

(4) Conf. Dig. 36. 2. 12. § 7. con 8. f. Ulp.

(5) V. la constitucion de que habla el texto, en el Cod. 6. 43. 3.

(6) Dig. 4. 3. 9. § 1. f. Ulp.—33. 5. 2. pr. y § 1. f. Ulp.

(7) Dig. 33. 5. 4. f. Paul.; 5. f. Afric.; 8. § 3. f. Pomp.; 22. f.—33. 6. 2. § 1. f. Pomp.

Del legado de una parte de la herencia (partitio).

Pocas palabras dirémos acerca de esta especie de legados para terminar la materia de las cosas legadas. El testador, en vez de legar objetos determinados en su individualidad (*speciem*), ó en su género (*in genere*), ó universalidades particulares, como un rebaño, un peculio, etc., áun podia legar una parte cualquiera de la universalidad de sus bienes (*pars bonorum*), una parte de su herencia: «HERES MEUS CUM TITIO HEREDITATEM MEAM PARTITOR, DIVIDITO», tal es una de las fórmulas de este legado, que Ulpiano nos ha trasmitido (1). La parte era la expresamente fijada por el testador, y no fijándose, se entendia la mitad (2). Esta especie de legado se llamaba *partitio* (*quæ species legati partitio vocatur*), y el legatario, legatario parciario (*legatarius partiarius*) (3).—Esta disposicion del testador, aunque hubiese legado al legatario todos sus bienes, no lo hacía heredero continuador de la persona del difunto. Era heredero el que como tal habia sido admitido por los comicios; posteriormente, el que habia comprado el patrimonio; despues, el que habia sido instituido con formalidades ménos rigorosas; pero siempre era precisa una institucion en esta calidad y con las formas requeridas. El legatario parciario era una persona que adquiria los bienes por universalidad, pero no un sucesor de la persona; la existencia de su legado dependia de la existencia del heredero. Si la institucion se invalidaba por una causa cualquiera, la *partitio* seguia la misma suerte.—Se sigue de aquí que los créditos y las deudas, á pesar de la existencia de semejante legado, no dejaban de pasar al heredero; éste era el único que podia perseguir á los deudores del difunto, ó ser perseguido por sus acreedores: de donde se deduce que tanto el heredero cuanto el legatario parciario se hallan en la necesidad de darse cuenta respectivamente de las consecuencias de estas acciones. Se obligaban recíprocamente por medio de estipulaciones denominadas *stipulationes partis et pro parte*, sobre la ganancia ó la pérdida que entre sí debian comunicar (*de lucro et damno pro rata parte communi-*

(1) Ulp. Reg. 24. § 5.
(2) Ib. y Dig. 50. 16. 164.—§ 1. f. Ulp.
(3) Ib. y Gay. 2. § 254.—Dig. 36. 1. 22. § 5. f. Ulp.

cando): casi en estos términos, segun los ejemplos que nos ha dejado Teófilo en su paráfrasis: «De las sumas que tú obtengas de tu deudor hereditario, ¿prometes darme tal parte de ella? Prometo.»—«Las sumas que yo estuviese obligado á pagar á cualquiera acreedor hereditario, ¿prometes restituírmelas en tal parte de ellas? Prometo.»—Pero estas estipulaciones tenian siempre algun peligro, tanto para el heredero cuanto para el legatario; porque en caso de insolvencia de alguno de ellos, el otro perdía la parte, ya de crédito, ya de deuda, de que tenía derecho para hacerse dar cuenta (1).—Por lo demas, el heredero no se halla absolutamente obligado á dar al legatario parciario su parte de los bienes hereditarios en especie: respecto de las cosas que no pueden dividirse sin experimentar perjuicio, da el precio; respecto de las demas, es libre de escoger entre la parte en especie ó en precio (2).

En la época en que el legado parciario era absolutamente distinto del fideicomiso de herencia (3), parece habér sido de un uso bastante frecuente, si se ha de juzgar por los escritos de los jurisconsultos. En tiempo de Justiniano, en que sus efectos se confundieron enteramente con el fideicomiso, casi llegó á desaparecer. Las Institutas no hablan ya de él.

De las personas á quienes se puede legar.

XXIV. Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

24. No se puede legar sino á aquellos con quienes se tiene faccion de testamento.

Respecto de aquellos con quienes existe faccion de testamento, es menester referirse á lo que hemos dicho.

XXV. Incertis vero personis neque legata *neque fide commissa* olim relinqui concessum erat: nam *nec miles* quidem incertis personis poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat. QUICUMQUE FILIO MEO

25. En otro tiempo no podia ninguno hacer á personas inciertas ni legado ni *fideicomiso;* ni áun *militar*, como se decide en un rescripto de Adriano. Pero se entendia por persona incierta aquella que el testador no tenía presente en la memoria de una manera precisa; como, por ejemplo, si decia: CUALQUIERA QUE DÉ SU

(1) Sobre estas estipulaciones, véase: Gay. 2. § 254.—Ulp. Reg. 25. § 15.—Paul. Sent. 4. 3. § 1. —Instit. tít. 23. § 6, y Teófilo, paráfrasis del mismo párrafo.

(2) Dig. 30. 1.° 26. § 2. f. Pomp., y 27. f. Paul.

(3) Véase una notable diferencia en él: Dig. 36. 1. 22. § 5. f. Ulp.

IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM DEDERIT, EI HERES MEUS ILLUM FUNDUM DATO. Illud quoque quod his relinquebatur qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt æquè incertæ personæ legari videbatur : et denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertæ personæ dari, quia placebat nominatim servos liberari. Tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ, recte legabatur, veluti : EX COGNATIS MEIS, QUI NUNC SUNT, SI QUIS FILIAM MEAM UXOREM DUXERIT, EI HERES MEUS ILLAM REM DATO. Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta *repeti non posse*, sacris constitutionibus cautum erat.

HIJA EN MATRIMONIO Á MI HIJO, QUE MI HEREDERO LE DÉ TAL FUNDO. O si legase á aquellos que con posterioridad al testamento fuesen nombrados cónsules los primeros; con otros ejemplos semejantes. La libertad no podia dejarse tampoco á una persona incierta, porque por regla los esclavos sólo nominalmente podian ser manumitidos, y para tutor no se podia nombrar tampoco sino una persona cierta. Pero hecho bajo una designacion cierta, es decir, á una persona incierta elegida entre personas determinadas, el legado era válido, por ejemplo : QUE MI HEREDERO DÉ TAL COSA Á AQUEL DE MIS COGNADOS AHORA EXISTENTES QUE SE CASE CON MI HIJA. Sin embargo, si el legado ó fideicomiso dejado á personas inciertas se hubiesen pagado equivocadamente, las constituciones *prohibian la repeticion del pago.*

Este párrafo no es más que una exposicion del antiguo derecho que Justiniano va á reformar. «*Legatum nisi certæ rei et ad certam personam deferatur, nullius est momenti*», decia Paulo (1). El texto caracteriza suficientemente lo que se entendia por persona incierta (2). El motivo que los juriconsultos daban era que el testador debia tener una intencion determinada : «*Quoniam certum consilium debet esse testantis*» (3).

Neque fideicommissa. En virtud de un senado-consulto del tiempo de Adriano, como ya hemos dicho; porque al principio sólo se dejaban fideicomisos á las personas á quienes no se les habia podido legar (4).

Nec miles. Así el privilegio militar áun no se habia extendido á la dispensa de esta regla.

Libertas quoque. La ley FURIA CANINIA, cuyo espíritu hemos dado á conocer, áun exigió la designacion *nominal* del esclavo manumitido por testamento : «*Lex* FURIA CANINIA *jubet nominatim servos liberari*» (5).

(1) Paul. Sent. 3. 6. § 13.
(2) Estas explicaciones están tomadas casi textualmente de Gay. 2. § 238. y de Ulp. Reg. 24. § 18.
(3) Ulp. Reg. 22. § 4.—34. 5. 4. f. Paul. 5. pr. f. Gay.
(4) Gay. 2. § 287.
(5) Ib. § 236.

Repeti non posse. La *condictio indebiti,* accion personal para la repeticion de lo que se ha pagado con error, no podia aplicarse, en virtud de las constituciones imperiales, á este caso, ni para los legados ni para los fideicomisos (1).

Respecto de las personas inciertas es preciso referirse á lo que de ellas hemos ya dicho.—Las ciudades que se hallaban consideradas en el número de estas personas habian sido, sin embargo, reconocidas en tiempo de Nerva como capaces de recibir legados, cuya capacidad fué más especialmente constituida por un senadoconsulto del tiempo de Adriano (2).

XXVI. Postuma quoque alieno inutiliter legabatur : est autem alienus postumus qui, natus, inter suos heredes testatoris futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepus extraneus erat postumus avo.

26. Era inútil tambien legar al póstumo extraño; es decir, al póstumo que á su nacimiento no debe de hallarse en el número de los herederos suyos del testador: tal es, con respecto al abuelo, el nieto concebido de un hijo emancipado.

Véase lo que ya hemos dicho de los póstumos.—Siendo el póstumo una persona incierta, no podia como tal ser instituido heredero ni recibir por testamento.—Ya hemos visto por qué pasos se habia llegado á modificar este rigor de principios respecto del póstumo *suus heres.*

XXVII. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione derelicta cum *in nostro Codice constitutio posita est,* per quam et huic parti medevimus, non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis; quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

27. Este punto no ha quedado tampoco sin prudentes reformas: cuando hemos *inserto en nuestro Código una constitucion* que ha remediado mucho en esta parte, tanto respecto de las herencias, cuanto respecto de los legados y fideicomisos; lo que aclarará de todo punto la lectura de esta misma constitucion. Pero queda siempre prohibido, áun por nuestra constitucion, que se nombre por tutor á una persona incierta, porque con juicio cierto debe proveerse á la tutela de su posteridad.

In nostro Codice constitutio posita est. Esto se aplicaba á la primera edicion del Código; en la segunda, que ha llegado hasta nosotros, no se ve ya más que un análisis muy breve de la consti-

(1) Véase sobre este punto á Gayo 2. § 283; en este tiempo habia todavía acerca de esto ciertas diferencias entre los legados y fideicomisos.

(2) Ulp. Reg. 24. § 28.

tucion de Justiniano. Las personas inciertas, y entre éstas especialmente los póstumos áun extraños, las diversas corporaciones y los pobres, pueden recibir legados ó fideicomisos. La regla se extiende aún á legados de libertad, pero no al nombramiento de un tutor (1).

XXVIII. Postumus autem alienus heres institui *et antea poterat*, et nunc potest, nisi in utero ejus sit *quæ jure nostro uxor esse non potest.*

28. Sin embargo, el póstumo extraño *podia en otro tiempo*, como puede hoy, ser instituido heredero, á ménos que no se halle en el seno de una mujer *que no pueda ser esposa nuestra.*

Et antea poterat. Los póstumos extraños no han podido nunca ser instituidos herederos segun el derecho civil (ya lo hemos suficientemente explicado) (2); pero su institucion, nula por el derecho civil, se halla confirmada por derecho pretoriano, que les deba la posesion de los bienes (3). Sabemos que Justiniano les concedió la capacidad para ser instituidos.

Quæ jure nostro uxor esse non potest. Si esta expresion se tomase en un sentido general (el hijo de una mujer que no pueda ser esposa, que no tenga el *connubium* con ningun ciudadano romano), no ofreceria dificultad, aunque tampoco nada útil que decir; porque siendo en general extraño el hijo nacido de tal mujer (á ménos que se trate de una religiosa), es evidente que no puede ser instituido.—Si, por el contrario, se toma dicha expresion, como nos lo indica la paráfrasis de Teófilo, en un sentido particular (el hijo de una mujer que el testador no puede tomar por esposa) y á la letra, ofrece consecuencias inadmisibles; así como el testador no puede evidentemente tomar por esposa á su hija, á su hermana, á sus parientas más próximas ó afines; como no puede casarse con ninguna mujer ya casada con otro; como siendo él casado, no puede casarse con ninguna otra mujer, sería ilusoria la facultad de instituir á un póstumo. La excepcion sería mucho más general y más extensa que la regla, y recaeria precisamente sobre aquellos que se hallasen más próximos al testador por los vínculos de la sangre. Resulta de la sana interpretacion de un fragmento de Paulo, que forma una ley del Digesto, que se trata aquí de un

(1) Cod. 6. 48. const. unic.
(2) Gay. 2. §§ 242 y 287.
(3) Véase Inst. 3. 9. pr.—Dig. 37. 11. 3. f. Paul.

póstumo que pertenezca al mismo testador, de un hijo habido de él y de otra mujer. Si no pudiese casarse con ésta, no puede instituir al hijo póstumo en ella habido (1).

XXIX. Si quis in nomine, cognomine, prænomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum ; idemque in heredibus servatur, et recte: nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intelligatur, nihil interest.

29. Si el testador se ha equivocado en el nombre, sobrenombre ó pronombre del legatario, con tal que la persona sea real y efectiva, el legado es válido ; lo mismo sucede respecto de la institucion del heredero, y con razon, porque los nombres se han inventado para designar á los hombres, é importa poco que éstos sean designados de cualquiera otra forma.

XXX. Huic proxima est illa juris regula falsa demonstratione legatum non perimi, veluti si quis ita legaverit : STICHUM SERVUM MEUM VERNAM DO LEGO ; licet enim non verna, sed emptus sit, de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit: STICHUM SERVUM QUEM A SEIO EMI, sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.

30. A esta regla de derecho es semejante la que sigue : Una falsa designacion no hace nulo el legado. Si, por ejemplo, el testador ha dicho : LEGO Á ESTICO, NACIDO DE MI ESCLAVA, aunque Estico no haya nacido en su casa, sino que le haya comprado, no hay duda acerca de la identidad, el legado es válido. Del mismo modo por esta designacion : EL ESCLAVO ESTICO, QUE HE COMPRADO Á SEYO, cuando lo ha comprado á otro; con tal que se acredite de qué esclavo se trata, el legado es válido.

XXXI. Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti cum ita quis dixerit : TITIO, QUIA, ABSENTE, ME, NEGOTIA MEA CURAVIT, STICHUM DO LEGO ; vel ita : TITIO, QUIA PATROCINIO EJUS CAPITALI CRIMINE LIBERATUS SUM, STICHUM DO LEGO : licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si *conditionaliter* enuntiata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo : TITIO, SI NEGOTIA MEA CURAVERIT, FUNDUM DO LEGO.

31. Con mayor razon una causa falsa no impide la validez del legado; por ejemplo : LEGO Á ESTICO Á TICIO, PORQUE HA ADMINISTRADO MIS NEGOCIOS DURANTE MI AUSENCIA ; ó bien : LEGO Á ESTICO Á TICIO, PORQUE EN VIRTUD DE SU DEFENSA HA HECHO QUE SEA ABSUELTO DE UNA ACUSACION CAPITAL : aunque Ticio no haya prestado ningunos servicios al testador, el legado es válido. Otra cosa sería si la causa fuese expresada *bajo forma de condicion;* por ejemplo : LEGO TAL FUNDO Á TICIO SI HA CUIDADO DE MIS NEGOCIOS.

Los tres párrafos que preceden, aunque colocados en el órden en que la Instituta trata de las personas á quienes se hacen legados, se refieren tanto á las cosas legadas cuanto á los legatarios.

---

(1) Dig. 28. 2. 9. §§ 1. y sig. f. Paul.

Es preciso, para hacerse cargo de esta materia, distinguir bien tres cosas : 1.°, la desigmacion ; 2.°, la determinacion ó limitacion; 3.°, la causa.

El objeto de la designacion es mostrar, designar y dar mejor á conocer, ya la persona á quien se lega, ya la cosa legada : en esta parte la regla es la que se nos da en el § 30 : *Falsa demonstratio legatum non perimit.* Lo que importa es que la intencion del testador se halle suficientemente manifiesta (1) ; pero si las indicaciones son de tal modo inexactas, vagas ó contradictorias, que el testador se haya equivocado en lo que ha querido expresar, ó que no haya sabido lo que haya querido, la disposicion errónea en su base misma ó ininteligible, á la que no puede darse con exactitud ninguna interpretacion, se reputa por no escrita (2).

El objeto de la determinacion ó limitacion se reduce á señalar los términos y los límites en que deben ser comprendidas la persona á quien el testador ha querido legar, ó la cosa que ha querido legar ; por ejemplo, se ha dicho : Lego al primer hijo que nazca de tal mujer ó á los hijos habidos de tal matrimonio, ó yo lego el dinero que se halle en mi cofre ; la suma que me debe Gayo : si no nace ningun hijo dentro de un plazo determinado, ó si muere, ó si no hay dinero en el cofre, ó si Gayo no debe nada, en todos estos casos es nulo el legado (3), porque no se puede exceder en nada la voluntad del testador y porque sus palabras han expresado, no ya una designacion, sino un límite. Esto es lo que ha dictado la diferencia de las dos decisiones del § 15, que precede, relativamente al legado de la dote ó de tal suma que ha sido llevada en dote, cuando de hecho nada ha sido llevado.

En cuanto á la indicacion de la causa, es decir, del motivo que puede haber conducido ó determinado al testador á legar, es absolutamente superfluo ; el testador no tiene que dar cuenta á nadie de los motivos que ha tenido para obrar de tal ó cual manera, é importa poco que sean falsos los que ha expresado. La causa que

---

(1) Ulp. Reg. 24. § 19.— Dig. 35. 1. 17. pr. f. Gay. ; 33. f. Marc. ; 34. f. Florentin.—37. 11. 8. § 2. f. Julian. — 30. 1.° 4. pr. f. Ulp. — Cod. 6. 23. 4. const. Gordian. — 6. 27. 7. § 1. const. de Anton.

(2) Dig. 28. 5. 9. § 1. f. Ulp. — 30. 1.° 4. f. Ulp. — 31. 2.° 30. f. Cels. — 33. 1. 14. f. Ulp.— 34. 5. 3 y 4. f. Paul.— 36. 1. 34. f. Marcian.—50. 17. 73. § 3. f. Quint. Muc. Scevol.— Que provenga la duda de las expresiones del testador, de la escritura ó de las circunstancias, se llega aquí á la cuestion tan delicada *de rebus dubiis*, á lo que los redactores del Digesto han dedicado un título especial. Dig. 31. 5. *De rebus dubiis.*

(3) Dig. 30. 1.° 51. f. Papin. ; 75. §§ 1 y 2. fr. Ulp.

aquí produce el derecho no consiste en tal ó cual motivo que haya podido determinar la intencion del testador, sino en su intencion de usar de liberalidad. Basta que exista esta intencion, y no importa por qué : una misma es la regla para la causa falsa que para la falsa designacion. « *Neque ex falsa demonstratione, neque ex falsa causa legatum infirmatur* » (1). Sin embargo, si la existencia de la misma intencion se hallase ligada á la verdad del motivo expresado, la decision sería diversa. Esto es lo que evidentemente tiene lugar cuando el testador ha expresado el motivo en forma de condicion (*conditionaliter*) : « Lego tal fundo á Ticio si ha administrado mis negocios ; Lego tal fundo á mi hijo Ticio si su hermano ha tomado tal suma de mi cofre» (2) ; no es ésta una verdadera condicion, porque no se trata de un hecho futuro é incierto (3) ; el legado es puro y simple, pero no existe sino en cuanto fuese real el hecho ya verificado que el testador ha tenido presente, y en consideracion al cual solamente ha declarado que queria legar. Sucede aquí absolutamente como en el caso de determinacion y de limitacion : fuera del límite designado no existe ya la voluntad del testador.— Cuando el difunto no ha empleado esta forma condicional, el legado, en principio y á pesar de la falsedad del motivo expresado, permanece válido. Sin embargo, si los herederos probasen completamente que sin este motivo el testador no hubiese hecho el legado, podrian, para rechazar al legatario, obtener comunmente la excepcion de dolo (4).

Por lo demas, todo lo que concierne á la designacion, limitacion ó causa, no debe confundirse con los diversos modos del legado, de que vamos á hablar (5).

XXXII. An servo heredis recte legamus, quæritur. Et constat, pure inutiliter legari ; nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia, quod inutile foret legatum si statim post factum testamentum decessisset testator,

32. Se pregunta si se puede legar válidamente al esclavo del heredero. Es constante que, hecho pura y simplemente, es nulo tal legado, y que áun para nada serviria que en vida del testador hubiese salido el esclavo de la potestad del heredero, porque un legado que habria sido

(1) Ulp. Reg. 24. § 19.
(2) Dig. 35. 1. 17. §§ 2 y 3. f. Gay.
(3) Ib. 34. § 1. f. Florent.
(4) Dig. 35. 1. 72. § 6. f. Papin. — Véase el título especial acerca de esta materia en el Código, 6. 44. *De falsa causa adjecta legato vel fideicommisso.*
(5) Las dos materias se hallan tratadas en el Digesto en un título comun : 35. 1. *De conditionibus et demonstrationibus.*

hoc non debet ideo valere quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

nulo si el testador hubiese muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, no puede valer porque el testador haya vivido más tiempo. Pero bajo condicion puede hacerse el legado, y será preciso averiguar si en el dia de la fijacion del derecho cesó el esclavo de estar en poder del heredero.

La combinacion de los principios acerca del *dies cedit* con los de la regla Catoniana explica fácilmente este texto.

Regularmente no puede ser ninguno en la misma sucesion heredero y legatario; es decir, á un mismo tiempo su propio acreedor y su propio deudor (1). Si hay muchos herederos, cesa en parte la imposibilidad : uno de ellos puede recibir un legado, ya como una mejora, ya de otro modo ; pero entónces puede decirse con verdad que el legado no existe sino en la parte que grava á sus coherederos, y no en la suya propia (2). Si no hay más que un solo heredero, la imposibilidad es completa.

Pero ¿qué se habrá de decidir si el legado se hace al esclavo del heredero ó al hijo que se halla bajo su potestad, ó en otro tiempo á aquel que estaba *in mancipio*, ó á su mujer *in manu?* Si esta persona debe adquirir el legado, éste será nulo, pues de otro modo el jefe de familia sería á un mismo tiempo heredero en virtud de su institucion, y legatario por medio de la persona sometida á su poder. Si, por el contrario, adquiere el legado para otro, el legado será válido, pues no se opone á ello ninguna incompatibilidad. —Esto supuesto, recordemos que los esclavos y las personas *alieni juris* adquieren los legados, no para el jefe que tienen en el momento de la formacion del testamento, sino para el que tienen en el momento del *dies cedit ;* recordamos tambien que para juzgar de la validez de un legado es preciso, segun la regla Catoniana, suponer al testador muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, y juzgar lo que en aquel tiempo sería el legado. Combinemos estos dos principios y hagamos su aplicacion.

Si el legado hecho al esclavo es puro y simple, se aplica á la regla Catoniana. Supongamos al testador muerto inmediatamente despues de haber hecho su testamento : el *dies cedit* para un lega-

(1) «*Heredi a semetipso legari non potest.*» Ulp. Reg. 24. § 22. —Dig. 30. 1.º 34. § 11. f. Ulp.

(2) «*Heredi a semetipso legatum dari non potest, a (te) coherede potest.*» Ib. 116. § 1. f. Florent. —104. §§ 3 y 5. f. Julian.

do puro y simple tiene lugar en el dia de la muerte, el esclavo legatario adquiere para el señor á quien correspondia en aquel momento; adquiria, pues, para el mismo que ha sido instituido; éste sería á un tiempo legatario y heredero: luégo el legado es nulo. Los hechos supuestos no se realizarán tal vez; quizá á la muerte del testador el esclavo habrá variado de señor ó sido manumitido; nada de esto importa; la circunstancia de que el testador haya vivido más tiempo no puede dar al legado una fuerza que no tenía en su principio. Tal es el efecto de la regla Catoniana.

Si el legado es condicional, no se aplica la regla Catoniana; y si se aplicase, no resultaria seguramente la nulidad del legado, pues el *dies cedit* en los legados condicionales no tiene lugar, cuando más, sino al cumplimiento de la condicion, y no se sabe á quién pertenecerá el esclavo en aquel momento: es preciso, pues, saberlo para juzgar de la suerte del legado. Si en el momento del *dies cedit* se halla todavía el esclavo en poder del mismo señor, el legado será nulo; si ha pasado á otras manos ó ha sido emancipado, el legado, como adquirido en este caso por otra persona distinta del heredero, será válido.

La cuestion tratada en este párrafo habia sido controvertida en tiempo de los antiguos jurisconsultos. No considerando Servio Sulpicio sino la realidad que podia sobrevenir en adelante, queria que se pudiese legar al esclavo del heredero, ya pura y simplemente, ya bajo condicion, salvo esperar en todos los casos el resultado ulterior para juzgar de la suerte de estos legados. Los proculeyanos por su parte, no considerando más que el estado en el momento mismo de la formacion del testamento, querian que el legado no pudiese nunca hacerse válido, ni pura y simplemente, ni bajo condicion, cualquiera que fuese el resultado ulterior. En fin, Sabino y Cassio, para la aplicacion de la regla Catoniana, dieron una solucion que era á un mismo tiempo un término medio y la aplicacion á la especie de los principios generales de la materia (1). Esta permanece en el derecho de Justiniano.

XXXIII. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam, et si statim post factum

33. En sentido inverso se puede, áun bajo condicion, legar al señor del esclavo instituido heredero. En efecto, supóngase al testador muer-

(1) Gay. 2. § 244.

testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius quam jussu domini adeat, inalterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur: quibus casibus utile est legatum; quod si in eadem causa permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

to inmediatamente despues de la formacion del testamento; no está seguro todavía de que el derecho al legado se fije en cabeza del que será heredero; porque la herencia se halla aquí separada del legado, y podrá hacerse que otro distinto del legatario se haga heredero por medio de este esclavo: si ántes que su señor le haya hecho hacer adicion es enajenado, ó si habiendo sido manumitido hereda él mismo: en estos casos el legado será útil. Pero pierde todo su valor en el momento en que el esclavo, permaneciendo en la misma condicion, hace adicion por órden del legatario.

Los mismos principios del párrafo que precede, pero con la circunstancia ademas, y es, que cuando un esclavo ha sido instituido heredero, adquiere, no para el señor que tiene en el momento de la muerte del testador, sino para aquel por cuya órden hace la adicion; de donde se sigue que el legado hecho al señor del esclavo instituido heredero no es nunca nulo en principio.

En efecto; supongamos al legado puro y simple; apliquémosle la regla Catoniana; el testador ha muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento: el *dies cedit* ha tenido lugar al punto para el legado: el derecho eventual de este legado se halla fijo en cabeza del señor; pero ¿será éste tambien heredero? Nada se sabe todavía; el esclavo no adquirá la herencia sino para el señor que tenga en el momento de la adicion, es decir, tal vez para otro, tal vez para él mismo, si ha sido vendido ó emancipado. No es, pues, cierto, áun suponiendo al testador muerto inmediatamente, que reuna aquél en sí mismo las cualidades de heredero y de legatario: el legado es, pues, regular en su orígen, salvo esperar las circunstancias ulteriores para decidir acerca de su suerte (1).

A cargo de quién y cómo se puede legar.

Ya sabemos que el verdadero legado no puede hacerse sino á cargo del heredero y del heredero testamentario. No se puede legar ni á cargo del heredero *ab intestato* ni á cargo del legatario

(1) Gay. 2. § 245.—Dig. 36. 2. 17. f. Julian.—35. 2. 20. f. Scevol.

(*a legatario legari non potest*) (1), ni á cargo de un fideicomisario : se les puede rogar, recomendarles, confiar en su buena fe, pero no se puede imponerles obligacion á título de legado : la historia nos ha dado á conocer el motivo. Es preciso que haya un continuador de la persona del difunto, elegido, no por ley general, sino por la ley particular del testamento, para que se le pueda ordenar, mandar, imponerle obligacion, ley (*legem dicere, legare*). El mismo principio habia dictado la decision del párrafo que sigue.

XXXIV. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturæ sequi (quod et ipse antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem : per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus, ut liceat, et ante heredis institutionem, et inter medias heredum institutiones, legatum relinquere, et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

34. En otro tiempo los legados puestos ántes de la institucion del heredero eran nulos, porque esta institucion da fuerza á todo el testamento ; de donde procede la regla de que es en cierto modo la cabeza y el fundamento de dicha institucion. El mismo dón de la libertad era nulo cuando precedia á aquélla. Pero no pareciendo conforme á razon (lo que ya habia parecido vituperable en la antigüedad) de dar tanto poder á la órden de la escritura, con desprecio de la voluntad del testador, hemos reformado por medio de nuestra constitucion este vicio. Cualesquiera legados, y con mayor razon los de libertad, serán válidos, ya se hallen colocados ántes, entre ó despues de la institucion del heredero.

Era preciso que el futuro continuador de la persona hubiese sido admitido por los comicios ; posteriormente, que se hubiese hecho comprador de patrimonio por mancipacion (*familiæ emptor*) para que pudiese imponérsele una ley. Nada puede preceder á esta creacion del heredero, que da al testador el derecho de ordenar «*Quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit*» (2). Regla inevitable y lógica miéntras que las instituciones primitivas de Roma fueron una cosa real ; que no parece sutil y sin fundamento racional sino cuando estas mismas instituciones llegaron á ser una mera ficcion ó un recuerdo.

El nombramiento de tutor se hallaba sometido al rigor de esta

---

(1) Ulp. Reg. 24. § 20.

(2) Ulp. Reg. 24. § 15.—Paul. Sent. 3. 6. § 2.—Gay. 2. § 229.

regla; y los sabinianos se empeñaron en sostener esto; pero los proculeyanos juzgaron que se debia exceptuar de ella, pues no gravaba la herencia con ninguna carga (1); el dictámen de éstos prevaleció: era una derogacion del verdadero derecho civil romano. Pero ninguna razon semejante habia en favor del legado de libertad, que era una carga para el continuador de la persona.

Desde Augusto, la admision de los codicilos como capaces de comprender legados, principió ya á modificar la regla.—En tiempo de Justiniano poco importaba el lugar de las disposiciones (2). Ya áun los legados, puestos á cargo de cualquiera otro que no fuese el heredero testamentario, eran válidos como fideicomisos.

Nada tenemos que decir acerca de los términos en que deben hacerse los legados: la materia ha sido tratada. En cuanto á la forma de los actos, volverémos á ocuparnos de este punto cuando tratemos de los codicilos (tít. 25).

De los diversos modos de legados.

Se entiende por modo de un derecho las modificaciones que afectan su misma existencia, su extension, su ejecucion, y que constituyen, respecto de este derecho, otros tantos diversos modos y diversas maneras de ser. Este asunto se trata, respecto de los legados, en un título especial del Digesto y del Código (3).—La condicion (*conditio*), el destino de la cosa legada indicado al legatario (*modus*), el término (*dies*), son otros tantos modos de legados que afectan la disposicion en su existencia, extension y ejecucion.

El legado es condicional cuando el testador ha subordinado su disposicion á un acontecimiento futuro é incierto: existe el legado, pero condicionalmente, en calidad de legado condicional, es decir, como dependiente del hecho futuro. Ya sabemos que despues de una discusion entre las dos escuelas opuestas de jurisprudencia, habiendo prevalecido la opinion de los sabinianos, se admitió definitivamente que en los testamentos, las condiciones imposibles ó ilícitas, en vez de anular la disposicion, debian reputarse por no escritas, y ejecutarse la disposicion como si fuera pura y

(1) Gay 2. § 231.
(2) Véase un fragmento de su constitucion. Cod. 6. 23. 24.
(3) Dig. 35. 1 *De conditionibus et demonstrationibus, et causis et modis eorum quæ in testamento scribuntur.*—Cod. 6. 46. *De conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus.*

simple. — El caso en que la condicion consiste en un hecho negativo, que se prohibe al legatario hacer (*quæ in non faciendo sunt conceptæ*), ofrece una particularidad bien notable. Por ejemplo, si el testador ha dicho: Lego cien sueldos de oro á Ticio si no sube al Capitolio (*si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumisserit*): como miéntras viva es posible que suba al Capitolio ó que manumita á Estico, la condicion no podia considerarse como cumplida ántes de su muerte, y así le era imposible aprovecharse de la liberalidad del difunto. En este caso, y por un favor especial á las disposiciones testamentarias, se habia aplicado un remedio al rigor del derecho. El legatario á quien así se habia legado, tomaba el legado inmediatamente; pero dando al heredero una fianza, una seguridad para la restitucion á que quedaba obligado si contraviniese á la prohibicion del testador.

Consiste esta fianza en una satisdacion, cuya fórmula fué el primero que la introdujo el jurisconsulto Quinto Mucio Scevola, y que se llama caucion Muciana (*Muciana cautio*) (1). Se aplica tambien á las instituciones de heredero hechas bajo semejantes condiciones (2).

El legado se hace bajo un modo (*sub modo*), cuando el difunto ha ordenado al legatario el destino de la cosa legada: por ejemplo, para alzar un monumento al testador, para dar una comida á los municipales, ó para restituir á otro una parte del legado (3). Tal es esta especie: «*Luciis, Publiis, Corneliis ad monumentum meum edificandum, mille, heres meus, dato*» (4). No debe confundirse el modo con la condicion (5). No suspende, como ésta, el efecto de la disposicion: el *dies cedit* tiene lugar en este legado como en los puros y simples: el legatario puede pedir la cosa inmediatamente, pero se halla obligado á cumplir el destino indicado por el difunto; á dar fianza al heredero (6); y si no lo hace, puede ser obligado á ello, ó volverse á pedir la cosa legada. — Sin embargo, se halla á veces en el texto la palabra *modus*, tomada en un sentido más lato (7).

---

(1) Dig. 35. 1. 7. pr. f. Ulp.; 67. f. Javol.; 72. pr. §§ 1 y 2; 73. 77. § 2. f. Ulp.; 101. § 3. f. Papin; 106. f. Julian.
(2) 28. 7. 4. § 1. f. Julian.
(3) Dig. 35. 1. 17. § 4. f. Gay.
(4) Ib. 40. § 5. f. Javolen.
(5) Ib. 80. f. Scevol.
(6) Dig. 32. 3.º 19. f. Valent. — 35. 1. 40. § 5. f. Javol.; y 80. f. Scevol.
(7) Cod. 6. 45. *De his quæ sub modo legata vel fideicommissa relinquitur.*

Un término (*dies*) puede ponerse en el legado, y esto establece una diferencia marcada entre el legado y la institucion de heredero : el motivo de esta diferencia se da bastante á conocer segun lo que ya hemos dicho. El legado no es una continuacion de la persona, sino una adquisicion de propiedad ó de crédito : nada, pues, se opone á que se fije un término. — Mas es preciso distinguir entre el término cierto (*dies certus*) : por ejemplo, en tales calendas, ó tres años despues de mi muerte ; y el término incierto (*dies incertus*) : por ejemplo, á la muerte de mi heredero (*heres meus cum morietur*) : es seguro que el heredero morirá ; pero ¿cuándo? Esto es lo que no se sabe.—En fin, es preciso tener presente la siguiente regla, formulada por Papiniano : « *Dies incertus conditionem in testamento facit* » (1) ; y tambien por Ulpiano hablando de los legados : « *Dies incertus apellatur conditio* » ; regla que ya hemos explicado. Para que el legatario tenga un derecho fijo en beneficio suyo, en el caso de término incierto, es preciso que este término haya sobrevenido en vida suya, pues en otro caso habrá muerto sin derecho y nada habrá transmitido á sus herederos. Cuando el testador ha dicho : « Lego diez sueldos de oro á Gayo, á la muerte de mi heredero », es como si hubiese dicho : Lego diez sueldos de oro á Gayo, si mi heredero muere ántes que él. Esto supuesto, ¿quién no ve que el hecho mismo es dudoso, y que es una verdadera condicion? (2). — Pero si el término, aunque incierto, debe necesariamente cumplirse en vida del legatario, no existen ya las mismas razones : no forma condicion. Véase el único ejemplo de los jurisconsultos : Lego á Ticio, cuando muera (*cum ipse legatarius morietur*) (3). El término es incierto, pero llegará indudablemente en vida del legatario, porque se vive todavía en el momento en que se deja de vivir : no se reputa, pues, el legado como condicional ; el legatario lo percibirá sin duda, y lo transmitirá á sus herederos. Esto es sutil, pero lógico. — ¿Cuáles son las consecuencias de esta máxima : *Dies incertus conditionem in testamento facit?* Respecto de la institucion de heredero, puede hacerse bajo un término semejante, aunque por regla general la institucion bajo un término sea nula. Respecto del legado, se aplican al que

---

(1) Dig. 35. 1. 75. f. Pap.
(2) Dig. 35. 1. 1. § 2. f. Pomp. ; 79. § 1. f. Papin. — 31. 2.° 12. § 4. f. Paul.
(3) Dig. 35. 1. 79. pr. f. Papin. — 36. 2. 4. f. Ulp.

se hace bajo un término incierto las mismas reglas, en cuanto al *dies cedit* y al *dies venit*, que las del legado condicional.

XXXV. *Post mortem quoque heredis aut legatarii* simili modo inutiliter legabatur: veluti si quis ita dicat: CUM HERES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO; item: PRIDIE QUAM HERES AUT LEGATARIUS MORIETUR. Sed simili modo et hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne vel in hoc casu deterior causa legatorum *quam fideicommissorum* inveniatur.

35. No se podia hacer un legado útil *despues de la muerte del heredero ó del legatario;* por ejemplo: LEGO CUANDO MI HEREDERO HAYA MUERTO; ó bien: PARA LA VÍSPERA DE LA MUERTE DE MI HEREDERO Ó DEL LEGATARIO. Pero hemos igualmente corregido esto, dando fuerza á semejantes legados, á ejemplo de los fideicomisos, á fin de que la condicion de los legados no sea en esta parte inferior *á la de los fideicomisos.*

Estas sutilezas sobre el término fueron suprimidas por Justiniano.

Post mortem quoque heredis. El legado no podia hacerse bajo un término semejante, porque no hubiese sido hecho verdaderamente *ab herede*, sino más bien *ab heredis herede;* habria sido una carga, no para el heredero, sino para el heredero del heredero (1). Sólo los fideicomisos podian hallarse en esta situacion. Justiniano asimiló á ellos los legados.

Aut legatarii. Estas palabras están añadidas al texto de Gayo, y la razon es evidente: en el legado *post mortem legatarii* es indudable que el término incierto sólo se realizará despues de la muerte del legatario; que, por consiguiente, no habiéndose fijado su derecho en cabeza suya en virtud del mismo, nada habrá transmitido á sus herederos.

La sutileza de los jurisconsultos romanos consistia en haber distinguido con cuidado, tanto en uno como en otro caso, la diferencia que hay entre la expresion *cum morietur* y la *cum mortuus fuerit* ó *post mortem.* En el primer caso, el *dies* tendrá lugar todavía en vida del heredero ó en vida del legatario; luego el legado podrá ser válido; en el segundo caso no puede llegar el *dies* absolutamente hasta despues de la muerte del heredero ó del legatario; el uno no habrá principiado nunca á ser acreedor ni el otro á ser deudor; luego el legado no puede tener valor (2). Hallarémos la

(1) «*Ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur.*» Ulp. Reg. 24. § 16. — Paul Sent. 3. 6. § 5. — Gay. 2. § 232. — En cuanto al nombramiento de un tutor, se dudaba que pudiese hacerse *post mortem heredis*, Gay. 2. § 234.

(2) Véanse los textos citados arriba, y principalmente á Paul. 3. 6. § 6, donde se ve que el legatario se halla comprendido en estas reglas lo mismo que el heredero.

misma sutileza en materia de estipulaciones (Véase más adelante, lib. 3, tít. 19, § 13). Justiniano hizo desàparecer este análisis rigoroso de las palabras.

Pridie quam heres aut legatarius morietur. La misma regla tambien que para las estipulaciones (Inst. 3, 19, § 13); el legado es nulo, dice Teófilo, repitiendo aquí el razonamiento que hace Gayo para las estipulaciones, porque la víspera de la muerte no podrá conocerse hasta despues de la muerte, y por consiguiente, es volver al mismo punto que si se hubiese dicho *post mortem* (1). Mala razon, añade Gayo (*quod non pretiosa ratione receptum videtur*) (2); en efecto, ¿no basta que el derecho se fije en vida del heredero ó del legatario? ¿No es indiferente que haya conocido uno esta determinacion ó fijacion ántes de que hayan muerto? — Bajo el imperio de Justiniano desapareció esta sutileza.

Quam fideicommissorum. En efecto, ninguna de estas reglas se aplicaba á los fideicomisos (3); mas los legados fueron asimilados á éstos por Justiniano.

Sólo nos falta examinar el último modo de los legados; cual es el legado á título de pena (*pœnæ nomine*).

XXXVI. Pœnæ quoque nomine inutiliter legabatur et *adimebatur vel transferebatur.* Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis is aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ita scripserit: HERES MEUS, SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT (vel ex diverso, SI NON COLLOCAVERIT), DATO DECEM AUREOS SEIO; aut si ita scripserit: HERES MEUS, SI SERVUM STICHUM ALIENAVERIT (vel ex diverso, SI NON ALIENAVERIT), TITIO DECEM AUREOS DATO. Et in tantum hæc regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur, *nec principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit.* Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observentur.

36. Los legados, las *revocaciones* y *traslaciones* de legados, á título de pena, eran tambien inútiles. El legado á título de pena es aquel que se hace como medio de coercion contra el heredero, para obligarle á hacer ó no hacer alguna cosa; por ejemplo: SI MI HEREDERO DA (ó en sentido contrario, NO DA) SU HIJA EN MATRIMONIO Á TICIO, QUE DÉ DIEZ SUELDOS DE ORO Á SEYO: ó bien, SI MI HEREDERO ENAJENA (ó en sentido contrario, NO ENAJENA) EL ESCLAVO ESTICO, QUE DÉ DIEZ SUELDOS DE ORO Á TICIO. Esta regla era tan rigorosamente observada, que muchas constituciones imperiales refieren *que el mismo emperador no aceptará legados que se le hagan á título de pena.* Tales legados eran nulos áun en los testamentos militares, á pesar del favor otorgado á las demas disposiciones testamentarias de los solda-

(1) Gay. 3. § 100. — Teóf. Paráf. *hic.*
(2) Gay. 2. § 232.
(3) Ulp. Reg. 25. § 8.

Quin etiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat; eo amplius nec heredem pœnæ nomine adjici posse. Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat: TITIUS HERES ESTO; SI TITIUS FILIAM SUAM SEIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, SEIUS QUOQUE HERES ESTO: nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceatur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, *nihil distare a ceteris legatis constituimus*, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo; exceptis his videlicet, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa: hujusmodi enim testatorum dispositiones valere secta temporum meorum non patitur.

dos. Ademas, ni la libertad podia dejarse de esta manera: y Sabino juzgaba que no se podia tampoco hacer una adjuncion ú asociacion de heredero á título de pena, por ejemplo: QUE TICIO SEA MI HEREDERO; SI DA SU HIJA EN MATRIMONIO Á SEYO, QUE SEYO SEA TAMBIEN MI HEREDERO. ¿Qué importa, en efecto, el medio de coaccion empleado contra Ticio, y que sea ya la dacion de un legado ó la adjuncion de un coheredero? Tales escrúpulos nos han disgustado. Segun nuestro mandato, para toda disposicion, ya sean legados, revocaciones ó traslaciones de legados, *no se distinguirá ya si se hace ó no á título de pena*; salvas, sin embargo, las que tuviesen por objeto obligar á cosas imposibles, prohibidas por las leyes ó deshonestas; porque las costumbres de mi siglo no toleran la validez de semejantes disposiciones.

El legado á título de pena (*legatum pœnæ nomine; quod coercendi heredis causa relinquitur*) (1) es una especie de legado condicional; pero de un carácter particular. La condicion es potestativa: se trata de una cosa que el testador ordena hacer ó no hacer. Pero esta órden, esta condicion no se impone á aquel á quien se da una muestra de liberalidad, lo que sería un verdadero legado condicional completamente válido, siendo libre el testador en poner á sus liberalidades las condiciones que juzgue convenientes; la condicion se impone al heredero, á aquel que se halla encargado de pagar el legado ó gravado con semejante disposicion; por manera que para castigarlo por no haber cumplido, y como medio de coaccion, se ha puesto el legado, que para él es una carga; pues disminuye su herencia en la parte que corresponda.—«Lego cien sueldos de oro á Ticio, si da su hija en matrimonio á fulano»: éste es un legado condicional, ordinario y completamente válido; la condicion se impone al legatario, y á él le toca ver si le acomoda el legado á semejante precio. «Si mi heredero no da su hija en matrimonio á tal persona, lego cien sueldos de oro á Ticio»: éste

(1) Gay. 2. §§ 235, 236, 237, 243.—Ulp. Reg. 24. § 17 y 25. 1. § 13.—Dig. 34. 6. *De his quæ pœnæ causa relinquuntur*.—Cod. 6. 41. *De his quæ pœnæ nomine in testamentis vel codicilis (scribuntur vel) relinquuntur*.

es un legado á título de pena ; la condicion se impone al heredero; si no cumple, será castigado por medio de la obligacion de pagar el legado ; se halla, pues, en alternativa de obedecer al difunto ó ser gravado con un legado.—El carácter distintivo se halla bien determinado : la condicion, la órden de hacer ó de no hacer se halla dirigida, no al legatario, sino al heredero. En efecto, el legado, cualquiera que sea la condicion bajo que se haga, no puede ser nunca una pena para el legatario, que en definitiva es siempre libre de aceptarla ó no si la condicion no le conviene; pero para el heredero es una pena, pues estará obligado á pagarlo en castigo de su inobediencia á la órden del difunto.

Semejante legado no era permitido en el derecho romano; era esencialmente nulo, y esto por dos razones, segun Teófilo en sus paráfrasis : la primera es que este legado se halla absolutamente bajo la dependencia y el arbitrio del heredero, dueño de deberlo ó no : la segunda, la más característica, consiste en que los legados deben tener su orígen en un sentimiento de benevolencia, de afecto al legatario, y no en un resentimiento contra el heredero (1). Mas aquí el legatario no es para el testador un objeto de afecto sino un medio de coercion.—La nulidad se aplicaba igualmente, ya al legado de libertad (2), ya á la institucion de heredero (3), ya áun al fideicomiso (4) dejados á título de pena ; porque, que se hubiese querido obligar al heredero, haciéndole que en caso de desobediencia manumitiese á un esclavo, ó partiese la herencia con otro, ó diese un fideicomiso, la razon era la misma (5).

Nec principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. Siendo el Emperador superior á las leyes, podria haberse creido que, haciéndosele un legado á título de pena, sería válido; y que el heredero, para evitar el pagarlo, se veria obligado á cumplir la condicion del testador.

Nihil distare a ceteris legatis constituimus. En tiempo de Justiniano los legados y las demas disposiciones á título de pena eran

---

(1) Teóf. *hic.*
(2) Gay. 2. § 236.
(3) Ib. 2. § 243.
(4) Ulp. Reg. 25. § 13.
(5) En cuanto á la dacion de un tutor, dice Gayo, no ofrece ninguna cuestion; pues no puede ser un medio de coaccion contra el heredero : « *De tutore vero nihil possumus quærere, quia non potest datione tutoris heres compelli quidquam facere, aut non facere : ideoque nec datur pœnæ nomine tutor (et si) datus fuerit, magis sub conditione quam pœnæ nomine datus videbitur* », Gay. 2 § 236.

permitidos. Se consideraban como legados condicionales. Pero ¿perdian su carácter particular? No seguramente. Así en el legado condicional ordinario la condicion imposible ó ilícita se considera como no puesta, y el legado se conserva como puro y simple; lo contrario sucede en el legado á título de pena, pues la condicion imposible ó ilícita es causa de nulidad, y el legado es nulo. ¿En qué consiste esta diferencia? En que en el primer caso la condicion se impone al mismo legatario; mas no es preciso castigarlo con la privacion del legado, por no haber obedecido lo que es imposible ó ilícito. En el segundo caso, por el contrario, la condicion se impone al heredero; mas no es preciso castigarlo obligándole á pagar el legado por no haber obedecido á una órden imposible ó ilícita. La diferencia entre estos dos casos, en vez de ofrecer contrariedad, es la deduccion de un mismo principio.

Justiniano no habla sólo del legado, de la manumision, de la institucion de heredero ó del fideicomiso á título de pena; pues añade, tanto en nuestro texto, cuanto en su constitucion que se halla en el código (1), la renovacion (*ademptio*) y la traslacion de los legados (*translatio*). Esto presenta más dificultad. Aquí la pena no recae sobre el heredero, y la condicion no se le impone á este mismo; porque si se tratase de revocacion de legados, sería un beneficio para él; y en cuanto á la traslacion, ¿qué le importa que el legado sea trasferido á éste ó al otro? La pena es para el legatario á quien se le priva del legado, ya para ser trasferido á otro, ya para extinguirse. A él, pues, se le impone la condicion. Pero entónces, ¿no es esto una condicion ordinaria? ¿El testador no es libre para imponer á sus liberalidades las condiciones que tenga por conveniente, quedando á salvo el legatario para aceptarlas ó no? Y si se decide que áun en este caso la intencion particular que el testador ha tenido de imponer una pena, de aplicar un medio de coaccion, da al legado un carácter particular, ¿cómo podrá distinguirse si se trata de una condicion ordinaria ó de una pena? En este punto se hacía la distincion verdaderamente sutil ó dudosa; y aquí se aplica más particularmente la siguiente observacion de Marciano: «*Pœnam a conditione voluntas testaris separat: et (an) pœna, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet; idque divi Severus et Antoninus rescripserunt*» (2). Por lo

(1) Cod. 6. 41.
(2) Dig. 34. 6. 2. f. Marcian.

demas, es éste el único fragmento que ha llegado hasta nosotros de los jurisconsultos antiguos, en que se trata de *traslacion:* en ninguno se habla de revocacion (1). Todos hablan únicamente de legados, de manumision, de institucion de heredero ó del fideicomiso á título de pena; respecto de los cuales el carácter que tienen es bien distinto y absolutamente fuera de toda duda.

TITULUS XXI.

DE ADEMPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM (2).

TÍTULO XXI.

DE LA REVOCACION Y DE LA TRASLACION DE LOS LEGADOS.

Podemos generalizar el asunto de este título, y tratar de las diversas maneras con que se vician los legados; materia que corresponde á la ya expuesta acerca de los testamentos.

Un legado, al que le falten algunas de las condiciones indispensables para su existencia, como capacidad, forma, naturaleza de la cosa legada ú otras que nos son ya conocidas, era nulo desde su principio. Pero puede acontecer que regularmente hechos los legados lleguen á viciarse en lo sucesivo. La revocacion (*ademptio*), la translacion (*translatio*) y otros acontecimientos pueden producir el efecto indicado.

Ademptio legatorum, sive *eodem testamento* adimantur legata, *sive codicillis*, firma est, *sive contrariis verbis* fiat ademptio, veluti si quod ita quis legaverit: Do, LEGO, ita adimatur: NON DO, NON LEGO; sive non contrariis, id est, aliis quibuscumque verbis.

La revocacion de un legado es válida, ya se haga en el *mismo testamento*, ó ya *en codicilos;* en *términos contrarios*, por ejemplo, si despues de haber dicho: DOY, LEGO, se dice: NO DOY, NO LEGO: ó en términos no contrarios, es decir, por medio de cualquiera otra expresion.

Eodem testamento. Porque si se tratase de otro testamento posterior, su existencia romperia, no sólo los legados, sino tambien todo el primer testamento, pues ninguno puede tener dos testamentos.

---

(1) Supóngase un legado trasferido ó revocado de esta manera: «Lego ciento á Primo, y si no se bebe toda el agua del Tíber, si no mata á Gayo, trasfiero el legado á Segundo, ó bien revoco el legado.» Estas condiciones, imposibles ó contrarias á las leyes, no serán consideradas como puestas, sino que, conforme á las reglas relativas á las disposiciones á título de pena, harán nula la traslacion ó la revocacion que á ellas se hallan subordinadas.

(2) Dig. 34. 4. *De adimendis vel transferendis legatis.*

Sive codicillis. Porque pueden existir muchos codicilos, que se refieran á un mismo testamento.

Sive contrariis verbis. En el tiempo en que existia la solemnidad de las fórmulas, los legados creados por medio de esta solemnidad debian ser revocados de la misma manera. Así Ulpiano nos dice : « *Legatum quod datum est adimi potest..... dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est* » (1). Si, pues, se trata de un legado dado *per vindicationem*, por la fórmula DO, LEGO, será preciso para revocarlo emplear la fórmula contraria NON DO, NON LEGO. Si la revocacion se ha expresado de otra manera, el legado existe siempre segun el derecho civil ; pero el legatario, si lo solicita, podrá ser rechazado por la excepcion de dolo (2).—En tiempo de Justiniano, cuando la solemnidad de las palabras llegó á suprimirse enteramente, nos dice el texto que ya no era necesario que la revocacion se hiciese en términos contrarios ; poco importaba la expresion con tal que la voluntad se hallase suficientemente declarada.— La revocacion podia hacerse ó pura y simplemente, ó bajo condicion. En el último caso, el legado, de puro y simple que era, se hacía condicional, como si hubiese sido hecho bajo la condicion contraria á la de la revocacion (3).

La revocacion puede, no solamente ser expresa, sino áun resultar de los hechos. Tal es el caso en que el testador ha borrado la disposicion (*inducere quod scriptum est*) (4). Si destruye la cosa, si se hace pagar el crédito que habia legado, ó si pone la cosa fuera del comercio, como, por ejemplo, si la hace sagrada ó religiosa, ó si manumite al esclavo dado y legado, no hay precisamente revocacion, pues el legado no existia, porque no habia objeto. Pero si el testador enajena la cosa, hemos visto que hay, segun los casos, revocacion indirecta.—En fin, la revocacion áun puede deducirse por presuncion de ciertas circunstancias, como, por ejemplo, si ha ocurrido un ódio capital entre el testador y el legatario (5), ó si el testador, en algun escrito posterior, ha añadido á su disposicion alguna nota injuriosa contra el legatario (6).

---

(1) Ulp. Reg. 24. § 29 ; y 2. § 12.
(2) Véase la paráfrasis de Teófilo, *hic.*
(3) Dig. 35. 1. 107. f. Gay.—34. 4. 10. f. Julian.
(4) Dig. 34. 4. 16. f. Paul.
(5) Dig. 34. 4. 3. § 11 ; 4. f. Ulp. ; 22. f. Papin. ; 31. § 2. f. Scevol.
(6) Ib. 13. f. Marcian. ; 29. f. Paul.

I. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit : HOMINEM STICHUM QUEM TITIO LEGAVI, SEIO DO, LEGO; sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simil Titio adimi videtur, et Seio dari.

1. Un legado puede tambien transferirse de una persona á otra : por ejemplo, si el testador ha dicho : ESTICO, QUE YO HABIA LEGADO Á TICIO, LO DOY Y LEGO Á SEYO; ya se haga esto en el mismo testamento, ó en codicilos. En este caso último hay á un mismo tiempo revocacion en cuanto á Ticio, y legado en cuanto á Seyo.

La traslacion de un legado puede hacerse de cuatro maneras, segun el jurisconsulto Paulo : ó de un legatario á otro (*a persona in personam*); ó de un heredero gravado con legado á otro de los herederos que sea gravado en su lugar (*ab eo qui dare jussus est, ut alius det*); ó de una cosa por otra (*cum res pro re datur*); ó en fin, dando bajo condicion lo que habia sido dado pura y simplemente (*quod pure datum est, transfertur sub conditione*) (1), es decir, en resúmen, por la variacion de legado, de heredero, de cosa ó de modo en la disposicion; lo que corresponde absolutamente á la votacion ó novacion en materia de obligacion. — En éstos cuatro casos el primer legado se halla tácitamente revocado por la sustitucion de otro; pero los efectos no son idénticos.

El texto habla aquí de la primera de estas translaciones. El legado pasa de un legatario á otro con todos sus accesorios, modos y cargas (*cum sua causa*) (2). Si el segundo legatario es incapaz, ó si hace ó si rehusa el legado, no impide esto la revocacian hecha en el primero, porque la voluntad del testador se ha declarado acerca de la revocacion (3). — Por lo demas, podria suceder que el testador hubiese querido hacer, no una translacion, sino una sustitucion ó una conjuncion de legatarios : es preciso atenerse siempre á su voluntad (4).

Cuando la translacion ha tenido lugar respecto de las cosas, habiendo dado el testador una nueva en lugar de la primera, si la segunda no ha sido válidamente dada, subsiste el legado de la primera, porque no puede atribuirse al testador la intencion de privar á su legatario de toda muestra de su liberalidad (5).

El legado, válido en su principio, y respecto del cual no haya

(1) Dig. 34. 4. 6. f. Paul.
(2) Ib. 24 pr. f. Papin.—35. 1. 95. f. Hermog.—34. 1. 13. pr. f. Scevol.
(3) Dig. 34. 4. f. Julian., y 20. f. Pomp. — 30. 1.º 34. pr. f. Ulp.
(4) Dig. 30. 1.º 33. f. Paul.—Cod. 6. 37. 6 y 7. const. de Anton.
(5) Arg. Dig. 32. 3.º 18. f. Pom.

ocurrido ningun cambio de voluntad en el testador, puede, sin embargo, fenecer y extinguirse. — Esto sucede (*legatur extinguitur*): 1.° Si el testamento de que depende el legado se halla viciado por una causa cualquiera (*ruptum, irritum* ó *destitutum*); porque la suerte de los legados se halla ligada con la institucion del heredero. 2.° Si el legatario muere ó cesa de tener la faccion de testamento ántes de la fijacion de su derecho (ántes del *dies cedit*). 3.° Si la cosa legada perece ó deja de estar en el comercio. Es decir, falta de heredero, de legatario ó de cosa legada; en el primer caso no hay deudor; en el segundo no hay acreedor, y en el tercero no hay objeto debido.—En fin, el legado puede ser retirado al legatario ó puede arrebatársele (*legatum aufertur, eripitur; —legatum ereptitium*) por causa de indignidad (1).

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege Duodecim Tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset, UTI LEGASSIT SUÆ REI ITA JUS ESTO), visum est hanc legandi licentiam coarctare. Idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestato moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam *lex Furia*, quam *lex Voconia*, latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consumationem videbatur, novissime lata est *lex Falcidia*, qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem

TÍTULO XXII.

DE LA LEY FALCIDIA (2).

Nos resta hablar de la ley Falcidia, que ha establecido los últimos límites en materia de legados. Antiguamente, segun las Doce Tablas, la libertad de legar era de tal modo ilimitada, que se podia agotar en legados todo su patrimonio; en efecto, se leia en ella; LO QUE HAYA ORDENADO POR LEGADO SOBRE SU COSA, QUE ESTO HAGA LEY. Se trató, pues, de limitar esta libertad excesiva; y esto en el interes mismo de los testadores: muchos, en efecto, morian sin testamento, pues los herederos instituidos se negaban á hacer adicion por un beneficio nulo ó casi nulo. Habiéndose publicado desde luégo la *ley* FURIA y la *ley* VOCONIA, aunque insuficientes cada una de ellas para conseguir completamente su objeto, hubo al fin de publicarse la *ley* FALCIDIA, que prohibe legar más de tres cuartas partes de todos

(1) Dig. 34. 9. *De his quæ ut indignis auferuntur.* — Cod. 6. 35. *De his quibus ut indignis hereditates auferuntur.*—Volverémos á tratar de esta materia.

(2) ORÍGENES: Ántes de Justiniano: Gay. 2. §§ 224 y sig.—Ulp. Reg. 24. § 32.—Paul. Sent. 3. 8. *Ad legem Falcidiam.* — Bajo Justiniano: Dig. 35. 2. *Ad legem Falcidiam*; y 3. *Si plus quam per legem Falcidiam*, etc. — Cod. 6. 50. *Ad legem Falcidiam.* — Novel. 1. c. 2. *De lege Falcidia et inventario.* — Despues de Justiniano: Basilicas, lib. 41. περί φαλκιδίου (de la Falcidia).

totorum bonorum, id est, ut sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret.

los bienes; es decir, que haya uno ó muchos herederos instituidos, debe al ménos quedarles la cuarta parte.

Lex FURIA, llamada *testamentaria;* plebiscito el más antiguo de los tres (1), que se coloca hipotéticamente en el año 571 de R., 183 ántes de J. C., y cuya disposicion nos da á conocer Gayo en estos términos: « *Qua, exceptis personis quibusdam cæteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est.* » Á lo que añade que esta ley no conseguia su objeto, pues nada impedia al testador que multiplicase el número de legados de mil ases cada uno, hasta agotar toda la herencia (2).

Lex VOCONIA, calificada tambien de *testamentaria*, plebiscito posterior al precedente, que se supone correspondiente al año 585 de Roma, 169 ántes de J. C. Gayo nos ha dado á conocer lo que dispone respecto del punto que nos ocupa, y se explica en los términos siguientes: « *Qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.* » Esta disposicion presenta un vicio semejante, añade el jurisconsulto; porque nada impide que el testador multiplicase de tal modo el número de los legados que cada uno consistiese únicamente en una porcion mínima de la herencia, á la que pudiese el heredero quedar de este modo reducido (3).

Lex FALCIDIA: plebiscito que precedió en pocos años á la muerte de Ciceron, 714 de Roma, 40 de J. C. (4).

Se conocerá la importancia de esta legislacion, establecida en cierto modo á retazos y con incertidumbre, si se reflexiona que el legatario en el sistema romano no es más que una persona que adquiere bienes, que el heredero es el único que continúa la persona jurídica del difunto, y que de él depende la existencia de todas las disposiciones testamentarias: si no admite la herencia, todo cae por tierra para dar lugar á la sucesion *ab intestato.* El interes de que el heredero instituido no se viese reducido á una porcion tan pequeña de la herencia, que lo pusiese en el caso de despreciar ésta,

---

(1) Este punto se halla fuera de duda: Ciceron, *Pro Balbo,* 8; Gay. 2. § 226; Teófilo en su paráfrasis, *hic.*

(2) Gayo 2. § 225, y 4. § 23; y despues de él, Teófilo, *hic.*

(3) Gayo 2. § 226, y Teófilo, *hic.* Este plebiscito es probablemente el mismo que habia impuesto á las mujeres cierta incapacidad para recibir ó ser herederas por testamento. Ciceron, *de Senect.* 5.— *In Verr.* 1. 43. — Gayo 2. § 274. — Paul. Sent. 4. 8. § 22.

(4) Cass. Dio. 48. 33.

era, pues, mayor. —El tesoro públicó era tambien interesado en una parte notable: el impuesto sobre los testamentos, que ya por este tiempo se hallaba establecido, y que formaba una parte muy considerable de las rentas públicas, quedaria reducido á la nulidad si los testamentos quedaban sin efecto. El interes fiscal tuvo, pues, una buena parte en la publicacion de la ley Falcidia.

Las disposiciones de esta ley, hechas al principio para legados solamente, se extendieron despues. Primero por el senado-consulto Pegasiano á los herederos fideicomisarios y á los fideicomisos con que el heredero instituido hubiese sido gravado (1); despues por rescripto de Antonino Pío á los fideicomisos impuestos al heredero *ab intestato* (2); posteriormente en virtud de rescripto de Severo y Antonino á las donaciones por causa de muerte (3); y despues á las donaciones entre cónyuges (4). Todos estos actos de liberalidad quedaron sometidos á la reserva prescripta. En fin, *trasladada á otra materia*, la idea de la ley Falcidia dió orígen á la teoría de la *porcion legítima*, que ya hemos expuesto.

Esta parte reservada al heredero por la ley Falcidia se llama generalmente en los comentarios cuarta Falcidia, aunque los romanos la llamaban siempre la cuarta (*cuarta*) ó la Falcidia (*Falcidia*).

I. Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus dumtaxat in partem dimidiam minuant, an quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis salvam habeat? placuit posse retinere. Etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

1. Se pregunta, si habiendo sido dos herederos instituidos, como, por ejemplo, Ticio y Seyo, el primero de los cuales ha sido gravado con legados que consumen su parte, y que la gravan en más de las tres cuartas, y el segundo no ha sido gravado con ningun legado, ó con los que ha sido gravado no se le priva sino de la mitad de su porcion, ¿será preciso para que éste conserve la cuarta ó más de toda la herencia, que Ticio no pueda retener nada de los legados con que se le ha gravado? Se ha decidido que pueda retener la cuarta parte de su porcion. En efecto, el cálculo de la ley Falcidia debe aplicarse á cada uno de los herederos separadamente.

(1) Véase tit. 23. § 5.—Gayo 2. §§ 254 y 256.

(2) Dig. 35. 2. 18. f. Paul. —Aquí la ley Falcidia se aplica á las herencias *ab intestato*, y se ve cuánto se habia separado de su objeto primitivo.

(3) Cod. 6. 50. const. Alejan.—8. 57. 2. const. Gordian.—Dig. 30. 6. 27. f. Marcian.

(4) Dig. 24. 1. 32. § 1.—Cod. 6. 50. 12. const. Diocl. y Maxim.

Hemos visto al tratar del párrafo precedente, sobre qué liberalidades recaia la reduccion de la Falcidia. — Es preciso ver acerca de esto á quién pertenece el derecho á ella.

Al heredero, ya testamentario, ya *ab intestato*, segun lo que acabamos de decir. — Pero nunca los legatarios ni los fideicomisarios sobre los fideicomisos, con que respectivamente fuesen gravados (1). El mismo orígen de la ley Falcidia repugna esto : una vez hecha la adicion por el heredero, la voluntad del difunto se encuentra consolidada en todas sus partes (*rata constituitur*) (2).

Pero si hay muchos herederos gravados de diferente modo unos de otros, ¿qué se decide en este caso? Tal es la cuestion que se presenta en nuestro texto, y la solucion es muy sencilla : cada uno de ellos debe percibir la cuarta parte de su porcion sin mezclarse en la de los demas. Así, pues, hay que considerar cada porcion aisladamente, haciendo abstraccion de las otras : «*In singulis heredibus rationem legis Falcidiæ componendam esse non dubitatur*» (3). — Sin embargo, si uno de estos herederos llega á faltar, su porcion acrece á los demas : ¿qué se hará entónces? ¿Las cuartas quedan separadas ó se confunden? Es preciso distinguir. 1.° Si la parte gravada acrece á la que no lo está, esta última queda intacta como ántes ; la cuarta sólo se deduce de la porcion gravada; 2.° Si las dos partes reunidas son cada una de ellas gravadas, sucede lo mismo, y se continúa verificando el cálculo por separado en cada parte; 3.° Mas si la parte no gravada es la que acrece á la que lo está, como esta última obtiene todo el beneficio, las dos partes se confunden y la cuarta se retiene del total (4).

II. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si, verbi gratia, is qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureo legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam

2. Mas en cuanto al patrimonio, al cual debe aplicarse la ley Falcidia, es preciso apreciarlo ó estimarlo en el tiempo de la muerte. Por ejemplo, que aquel cuyo patrimonio valiese cien monedas de oro, haya legado cien monedas de oro, nada

(1) Dig. 35. 2. 47. § 1. f. Ulp.

(2) Es el motivo que da el mismo Papiniano. Dig. 36. 1. 35. § 2. f. Papin. 22. § 5. f. Ulp. — Véase, sin embargo, 35. 2. 32. § 4. f. Marcian. Pero aquí no se trata de la cuarta del mismo legado, sino de repartir equitativamente la retencion que el heredero ha hecho.

(3) Dig. 35. 2. 77. f. Gay. Fué ésta una interpretacion juiciosa, pero quizá extensiva de la ley Falcidia, porque excedia el objeto. Con tal que uno de los herederos acepte, se mantiene el testamento ; ¿qué importa, pues, que hubiese algunos que no la aceptasen por no hallarse contentos con su porcion ?

(4) Dig. 35. 2. 78. f. Gay.

hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex fœtu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum (aureis) legatorum nomine erogatis heres quartam (partem hereditatis) habiturus sit; sed necesse est ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque (aureorum substantia) vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem. Quæ res efficit ut necesse sit legataris, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci.

importará á los legatarios, que ya por las adquisiciones de los esclavos, ya por la parte de las mujeres, ó por el aumento de los ganados correspondientes á la herencia, ésta haya de tal modo aumentádose, que todavía quedase la cuarta al heredero, áun despues de haber pagado las cien monedas de oro dejadas en legados. Éstos deberán sufrir la reduccion de la cuarta. Por el contrario, que no haya legado más que setenta y cinco monedas de oro, y que ántes de la adicion al patrimonio, por incendios, por naufragios ó por muerte de esclavos, se haya disminuido de tal modo que ya no quede más que el valor de las setenta y cinco monedas de oro, ó áun ménos, los legados serán siempre debidos en su totalidad. Y esto no es en perjuicio del heredero, porque es libre en no hacer adicion del patrimonio. De donde procede para los legatarios la necesidad de transigir con el heredero, á fin de que no abandone la herencia, en cuyo caso todo lo perderian.

¿Cuál es la época á que es preciso referirse para apreciar comparativamente el valor del patrimonio y el de los legados, para determinar si éstos exceden ó no de la parte correspondiente y en cuánto deben reducirse? Tal es la cuestion de este párrafo. La respuesta se reduce á que es preciso referirse al momento de la muerte del testador. Así es que se considera en abstracto el patrimonio y los legados tales como se hallaban en dicho tiempo; se desatienden (pero de un modo ficticio, y sólo para el cálculo) (1) las creces, disminuciones ó áun perdidas totales que pudiesen haber experimentado, ya el patrimonio, ya los legados: por esta apreciacion retroactiva se calcula la cuarta, sin ocuparse de los hechos posteriores.

Pero ¿por qué la ley Falcidia se ha contraido á la muerte del testador y no al momento de la adicion? La idea del principio de que los legados se fijen en general al tiempo de la muerte se con-

(1) Seria un grande error considerar esta abstraccion ficticia como una cosa efectiva. No impide que de hecho el patrimonio hereditario ó los legados se aprovechen ó sufran cada uno, segun las reglas ya expuestas, los aumentos, deterioros ó pérdidas ocurridas despues. De estas modificaciones no se hace cuenta en el cálculo de la Falcidia.

forma hasta cierto punto con la época de la Falcidia; en efecto, la extension del legado debe calcularse en el momento en que el derecho se fija (*dies cedit*). Sin embargo, este principio no domina aquí enteramente, porque el cálculo se refiere al momento de la muerte para todos los legados indistintamente, aunque hay algunos respecto de los cuales llega más tarde el *dies cedit*. Sin duda el motivo de la ley Falcidia, al fijarse la época de la muerte, ha sido que la extension de las liberalidades permitidas al difunto debia fijarse de un modo invariable con relacion á éste, independiente del mayor ó menor tiempo que tardasen sus herederos en llegar á la herencia. Pero ha resultado de esto que en ciertos casos ha podido frustarse el objeto de la ley. En efecto, en el momento de la adicion es cuando los herederos tienen interes en apreciar el patrimonio y sus cargas, á fin de ver si les tiene más cuenta no aceptar la herencia. — Si, pues, las disminuciones fuesen tales que el heredero se negase á aceptar la herencia, los legatarios de este modo amenazados en la existencia misma de sus legados, para no perderlo todo, se verian obligados á transigir con aquél. Tal es la idea que expresa el fin de nuestro texto.

III. Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum; item funeris impensa et pretia servorum manumissorum : tunc demum in reliquio ita rario habetur, ut ex eo quarta pars ad heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadrigentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem ex qua legata erogari oportet quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est quod extra bonorum quantitatem est; deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

3. Para hacer el cálculo de la ley Falcidia se deducen primero las deudas, los gastos de funerales, el valor de los esclavos manumitidos : de lo que queda retiene el heredero la cuarta parte, y las otras tres restantes se distribuyen á los legatarios en proporcion al valor del legado de cada uno. Así, pues, supongamos un patrimonio de cuatrocientas monedas de oro, y que el total de los legados ascienda á igual suma, en cuyo caso cada legado experimentará una reduccion de una cuarta parte. Si la suma total de ellos es de trescientas cincuenta monedas de oro, cada legado sufrirá una reduccion de una octava parte. En fin, si se han legado quinientas monedas de oro, se principiará por suprimir un quinto, y despues se decidirá la cuarta. En efecto, es preciso ántes de todo deducir lo que excede el patrimonio; despues de los bienes que quedan, la cuarta, que debe retener el heredero.

¿Cómo se verifica el cálculo? Este es el asunto que aquí se trata.

Æs alienum, las deudas del difunto : La expresion es enérgica, pues con razon se dice bienes de otro. Es preciso, pues, separarlos del patrimonio.

Funeris impensa : Los funerales del testador, del bienhechor comun, todos deben pagarlos.

Pretia servorum manumissorum. No quedan libres sino por la adicion ó sólo por la manumision, si se trata de manumision fideicomisaria : en el momento de la muerte se hallan, pues, todavía en los bienes; sin embargo, es preciso separarlos de ellos, pues se encuentran allí sólo para salir á gozar del beneficio de la libertad. Estas manumisiones son legados, liberalidades del difunto; pero se escapan de la ley Falcidia, porque su misma naturaleza no admite posibilidad de reduccion.

Por lo demas, el cálculo, si se supone de legados condicionales, de legados por término, de legados anuales, de legados que consistan en hacer ó no hacer, y con otras diversas circunstancias, presenta muchas dificultades, muchos casos en que son necesarias apreciaciones y cuestiones árduas, en que el espíritu sutil de los jurisconsultos romanos se habia ejercitado de un modo ingenioso; pero que sería prolijo reproducir aquí (1).

La ley Falcidia no se aplicaba á los testamentos militares (2), ni en algunos otros casos privilegiados ó excepcionales. Justiniano en una novela concedió al testador el derecho de prohibir expresa y tácitamente su aplicacion (3).

TITULUS XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius est ut de hereditatibus fideicommissariis videamus.

TÍTULO XXIII.

DE LAS HERENCIAS FIDEICOMISARIAS (4).

Pasemos ahora á los fideicomisos, y primero tratemos de las herencias fideicomisarias.

Los fideicomisos corresponden en cierto modo á las instituciones de herederos ó á los legados.—A las instituciones de heredero,

(1) Véase el título especial sobre la materia, Dig. 35. 2.

(2) Dig. 35. 2. 17. f. Scevol.; 92. f. Macer.; 96. f. Scevol.

(3) Novel. 1. c. 2. § 2.

(4) ORÍGENES. Antes de Justiniano : Gay. 2. §§ 246 y sigs.—Ulp. Reg. 25. *De Fideicommissis.*—Paul. Sent. 4. 1. *De fideicommissis:* 2. *De sen. cons. Trebelliano;* 3. *De sen. cons. Pegasiano;* 4. *De repudianda hereditate.*—Bajo Justiniano : Dig. 36. 1. *Ad. sen. cons. Trebellianum.*—Cod. 6. 49. *Ad. sen. cons. Trebellianum.*

cuando tienen por objeto la herencia ó una parte alícuota de la herencia; es lo que se llama en el derecho romano, herencia fideicomisaria (*fideicommissaria hereditas*), y en el lenguaje moderno de los comentadores, fideicomisos universales.—A los legados, cuando tienen por objeto cualquiera otra cosa que no sea una parte alícuota de la herencia; por ejemplo, una cosa determinada, ya en su género, ya en su especie, ó áun una universalidad, como un peculio ó un rebaño: es lo que el derecho romano llama fideicomiso de una cosa particular (*fideicommissum singulæ rei*), y los comentadores, para abreviar, fideicomiso particular.—En el primer caso hace el difunto, en vez de un heredero civil, un heredero fideicomisario; en el segundo, en vez de un legatario, un fideicomisario de objeto particular.

El texto debe tratar primero de las herencias fideicomisarias. Pero el párrafo que sigue expone préviamente el orígen histórico de los fideicomisos.

I. Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant. Et ideo FIDEICOMMISSA appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus semel iterumque, gratia personarum motus, vel quia *per ipsius salutem rogatus* qui diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam; jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, quia justum videbatur *et populare erat*, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem FIDEICOMMISSARIUM appellabant.

1. Al principio los fideicomisos se hallaban todos sin fuerza, pues ninguno era obligado á cumplir aquello que se le habia rogado. En efecto, si se queria dejar la herencia ó algunos legados á personas incapaces de recibirlos, se encomendaban á la buena fe de personas capaces. Y estas disposiciones se llamaban fideicomisos, precisamente porque no se apoyaban en ningun motivo de derecho, sino sólo en la buena fe de los que eran rogados. Despues, en dos ó tres casos, ya por consideracion á las personas, ya que se dijese que el moribundo habia hecho que se le prestase juramento de restituirlo *por la salud del emperador*, ya, en fin, á causa de la insigne perfidia de ciertas personas, ordenó á los cónsules el divino Augusto que interpusiesen su autoridad. Como esto pareciese justo, *y fuese popular*, poco á poco se convirtió esta intervencion en jurisdiccion permanente; y fué tal el favor que obtuvieron los fideicomisos, que se llegó á crear un pretor especial, exclusivamente encargado de esta jurisdiccion, y llamado fideicomisario.

El ciudadano que queria disponer de su herencia (instituciones

ó legados), se hallaba encerrado por el derecho civil en límites precisos. No podia hacer su disposicion sino por testamento, por medio de las fórmulas establecidas, y en la lengua nacional, que era la latina (1). Era preciso ántes de todo que hubiese un heredero instituido, un heredero que él mismo hubiese creado por su ley particular, y que por consiguiente se hallase á sus órdenes. En cuanto al heredero *ab intestato*, que sólo debia su título y sus derechos á la ley general, nada tenía que mandársele. No tenía tampoco ningun precepto que imponer á los legatarios ni á cualquiera otro que no fuese el heredero testamentario. En fin, el círculo de aquellos á quienes podia extender su liberalidad, era limitado. ¿Queria dar á un peregrino, habitante de las provincias romanas, que fuese quizá amigo suyo, su bienhechor ó su cognado, pero que no gozaba de los derechos de ciudad? ¿A una mujer ciudadana con las circunstáncias con que la ley VOCONIA prohibia las liberalidades testamentarias en favor suyo? ¿A un proscripto, á quien la ley CORNELIA prohibia dar por testamento (2)? ¿A un póstumo extraño, ó á cualquiera otra persona incierta, como las municipalidades, los colegios, los pobres ó los dioses? No podia. Vinieron despues, desde el imperio de Augusto, las leyes ÆLIA SENTIA, JUNIA NORBANA, JULIA y PAPIA POPPEA, que crearon nuevas y numerosas clases de incapacidades, como los manumitidos dediticios, los manumitidos latinos junianos, los célibes (*cœlibes*), y los ciudadanos sin hijos (*orbi*). Nótase que estas últimas leyes, á las que se da demasiada atencion para motivar el uso de los fideicomisos, son muy posteriores á la introduccion de este uso, pues son contemporáneas ó áun posteriores á la sancion de los fideicomisos por la autoridad de Augusto.

En esta situacion, lo que no se podia ordenar se mandaba por ruego ó precativamente, encomendándolo á la buena fe. Se rogaba al heredero por medio de otros actos que no fuesen testamento, á fin de evitar la obligacion de rehacer para una sola disposicion el testamento ya hecho, ó bien porque no hubiese posibilidad para ello; se rogaba por cartas, por palabras, importando poco que fuese en latin ó en griego. Se rogaba al legatario, á todos aquellos á quienes se dirigia algun acto de liberalidad, y áun al heredero

(1) Ulp. Reg 25. § 9.
(2) Cicer. *In Ver.* II. 1. 47.

ab intestato. Se instituia á un ciudadano capaz, ó se le legaba, rogándole que restituyese á un incapaz, ya la herencia, ya una parte de ella, ya un objeto particular de la misma. No se dictaban estas disposiciones en términos imperativos, pues no constituian una órden, porque no habia el derecho de darla. No era esto más que un fideicomiso, una cosa cometida sólo á la buena fe de aquel á quien se dirigia. Para ligar más esta buena fe, se hizo prestar juramento á la persona encargada del fideicomiso; se la hizo jurar por Júpiter, por los Lares, por algun dios doméstico ó público, ó por su salud : despues, cuando llegó la época de la adulacion imperial, por la salud ó el genio del príncipe (*per salutem, per genium principis*) (1). Era una obligacion de conciencia ó de religion; pero no era todavía un asunto de derecho.

Sin embargo, ya en tiempo de Ciceron, el uso de los fideicomisos, que hacía largo tiempo que se hallaba introducido, habia obtenido el asentimiento comun. En los consejos de amigos, cuya costumbre era frecuente en Roma, no se desaprobaban sino los fideicomisos contrarios al texto de las leyes (2); los hombres de probidad áun eran de opinion de que estos últimos debian igualmente cumplirse (3); los mismos pretores vituperaban á aquellos que para sustraerse de su cumplimiento se aprovechaban del rigor de las leyes (4). Augusto, en las disposiciones que adoptó, no hizo más que ceder á la opinion general. El texto nos indica bastante los motivos que tuvo : su resolucion era popular (*quia et populare erat*). Por lo demas, es preciso no creer que el derecho de los fideicomisos se estableciese entónces por un senado-consulto ó por una constitucion. Vemos en el texto que fué una conformacion de autoridad, una intervencion primero especial, para tal ó cual caso más favorable, ordenando el Emperador á los cónsules que interpusiesen su autoridad (5); despues la creacion de un poder excepcional, de una jurisdiccion permanente, pero extraordinaria, de un pretor particular y excepcional para hacer respetar los fideicomisos. Así estos actos no conferian ninguna accion de derecho

(1) Cicer. *In. Ver.* II. 1. 47.—Plin. Epp. X. 67.—Dig. 31. 2.º 77. § 23. f. Pap.—12. 2. 13. § 6 y 33. f. Ulp.

(2) Cicer. *In Ver.* II. 1. 47.

(3) Cicer. *De finib. bonor.* II. 17. 18.

(4) Cicer. *In Verr.* II. 1. 47.

(5) VICO : *De uno universi juris principio et fine uno*, lib. I, § CCIX, t. 3, p. 144, edicion de Milan.

civil que debiese ser juzgada segun el procedimiento ordinario de las acciones; sólo resultó de aquí el derecho de dirigirse al pretor fideicomisario que estatuia, *extra ordinem* (1).

Per ipsius salutem rogatus. Es el juramento de que acabamos de hablar.

Ob insignem quorundam perfidiam. Por ejemplo, si un manumitido se niega á restituir á su patrono un fideicomiso, sin embargo del juramento que ha prestado al difunto (2).

In assiduam jurisdictionem. La intervencion de la autoridad, al principio especial para tal ó cual negocio, y establecida despues como jurisdiccion *ad hoc*, pero temporal para una sola época del año, y delegada á los magistrados de Roma exclusivamente, fué al fin establecida como jurisdiccion permanente y extendida á las provincias.

Cuando los fideicomisos fueron definitivamente sancionados como capaces de producir un derecho, no se tardó en arreglarlos. Así, segun el senado-consulto PEGASIANO (bajo el imperio de Vespasiano), fueron sometidos, respecto de las instituciones y legados, á las disposiciones de las leyes JULIA y PAPIA POPPEA contra los *cœlibes* y los *orbi* (3). Del mismo modo prohibió un senado-consulto del tiempo de Adriano que pudiesen dejarse á los *peregrini*, ni á las personas inciertas, ni á los póstumos extraños (4). Hemos visto tambien á los jurisconsultos discutir si tales ó cuales expresiones serian suficientes para constituir un fideicomiso (5). Mas el principio general se habia siempre conservado; que tuvieron su orígen, no del rigor de derecho civil, sino de la voluntad del difunto: « *Non ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis* » (6); y por consiguiente, que deben cumplirse más ámpliamente.

II. In primis igitur sciendum est, opus esse ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusque fidei committatur ut eam hereditatem

2. Es preciso cuidar primero de instituir un heredero directamente en su testamento; despues se confia en su buena fe la restitucion de la

(1) « *Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata; sed cognitio est Romæ quidem consulum aut prætoris qui fideicommissarius vocatur; in provinciis vero præsidium provinciarum.* » Ulp. Reg. 25. § 12.—Gay. 2. § 278.

(2) Cicer. *In Verr.* II. 1. 47.—Sueton. Claud. 23.—Gay. 2. §§ 278 y 279.—Ulp. Reg. 25. § 142.

(3) Gay. 2. § 286.

(4) Ib. §§ 285 y 287.—Ulp. Reg. 25. §. 15.

(5) Paul. Sent. 4. 1. § 6.

(6) Ulp Reg. 25. § 1.

alii restituat : *aliòquin inutile est testamentum*, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit: LUCIUS TITIUS HERES ESTO, poterit adjicere: ROGO TE, LUCI TITI, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, EAM GAIO SEIO REDDAS, RESTITUAS. Potes autem quis et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

herencia á otro; porque el testamento en que ninguno es instituido heredero, es *nulo*. Así, cuando un testador ha escrito : QUE LUCIO TICIO SEA MI HEREDERO, podrá añadir : TE RUEGO, LUCIO TICIO, QUE RESTITUYAS ESTA HERENCIA Á GAYO SEYO, DESDE QUE PUEDAS HACER ADICION DE ELLA. Se puede tambien encargar á su heredero que restituya sólo una parte de la herencia; y el fideicomiso puede hacerse, ó puramente, ó bajo condicion, ó por término.

Alioquin inutile est testamentum : Nada de institucion de heredero, nada de testamento ; lo que no impide que se pueda, como vamos á verlo, § 10, encomendar fideicomisos áun á los herederos *ab intestato*.

Se llama *fideicommittens* aquel que hace el fideicomiso; heredero fiduciario (*fiduciarius*) el que está encargado de restituirlo; y en fin, heredero fideicomisario (*fideicommissarius*), aquel á quien debe restituirse.

III. Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, *nihilominus heres permanet*, is vero qui recipit hereditatem, *aliquando heredis*, *aliquando legatarii loco habebatur*.

3. Una vez restituida la herencia, el que ha la restituido *no deja de ser heredero :* en cuanto al que la ha recibido, debe ser *asimilado*, *ya á un heredero, ya á un legatario*.

Nihilominus heres permanet : éste es el principio del derecho civil. No hay heredero continuador de la persona jurídica del difunto, sino aquel á quien se han conferido estas atribuciones, ó por la ley general de las sucesiones *ab intestato*, ó por la particular de un testamento conforme á todas las reglas del derecho civil. Él solo representa la persona del difunto, él solo, bajo el título de tal, tiene las acciones, tanto activas cuanto pasivas, que residian en persona de aquél.

Cuando este principio subsistia, ¿cómo se facilitaban los inconvenientes que podian producir sus consecuencias ? Porque supongamos que, en virtud de un fideicomiso, la herencia haya sido restituida en su totalidad ó en parte de ella : á pesar de esta restitucion, el fiduciario no deja de ser heredero ; sólo él puede perseguir á los deudores, sólo él puede ser perseguido por los acreedores ; ¿cómo, pues, se conseguirá que el fideicomisario sufra la parte que le corresponda de las deudas hereditarias, y se aprove-

che en la misma forma de los créditos? Se consigue esto por medio de transacciones, de estipulaciones entre él y el heredero. En efecto, se recurria á la ficcion de una venta. El heredero hacía al fideicomisario la venta ficticia de la herencia con una sola moneda (*nummo uno*); y entónces ocurrian entre ellos las estipulaciones que acostumbraban hacerse entre el vendedor y el comprador de una herencia. El heredero recibia la promesa de aquel á quien restituia la herencia, de que le indemnizaria de todo aquello que se viese obligado á pagar, y que lo defenderia en cualquiera persecucion que experimentase en calidad de heredero. Y aquel á quien se hacía la restitucion, recibia á su vez la promesa del heredero, de que éste le restituiria cuanto percibiese en calidad de heredero, y áun que le permitiria reclamar, como procurador, los créditos hereditarios. Estas estipulaciones, cuyo tenor casi nos ha conservado Gayo (1), se llamaban *emptæ et venditæ hereditatis stipulationes*. Se verificaban, ya se tratase de restituir toda la herencia, ó ya sólo una parte, y por la parte de la herencia que se juzgaba vendida; porque entónces aquel á quien se hacía la restitucion no obtenia representacion ni de heredero ni de legatario, sino sólo de comprador: « *Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii; sed potius emptoris* » (2).

Aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur: ésta es la modificacion hecha en el derecho civil. El fideicomisario, segun los principios civiles, no es ni heredero ni legatario; pero por consideracion se llegó á darle el lugar de tal (*loco habebatur*): ya de heredero, cuando se aplicaba al senado-consulto Trebeliano; ya de legatario, cuando se aplicaba el senado-consulto Pegasiano. Se trata de exponer lo que eran estos senado-consultos, y en qué caso tenía lugar la aplicacion de uno y de otro.

IV. (Et Neronis quidem) temporibus, Trebellio Maximo et Annæo

4. En tiempo de Neron, y en el consulado de Trebelio Máximo y

(1) « Tum enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno hereditatem dicis causa venire; et quæ stipulationes (*inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur*) inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur, ab eo cui restituebatur hereditas ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur: ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi. » Gay. 2. § 252.— V. tambien Gay. 3. § 85.

(2) Gay. 2. § 252.

Seneca consulibus, senatus-consultum factum est: quo cautum est ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit (omnes) actiones quæ jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta sit hereditas. Post quod senatus-consultum prætor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit.

Anneo Séneca, se expidió un senado-consulto, estableciendo que si la herencia hubiese de ser restituida por fideicomiso, todas las acciones que existiesen segun el derecho civil en favor del heredero y contra éste, pasarian al fideicomisario y se darian contra él. Despues de este senado-consulto dió el pretor acciones útiles al fideicomisario y contra él, como las habia dado al heredero y contra el heredero.

Así, segun el senado-consulto Trebeliano (de 815 de Roma, y 62 de J. C.), cuyas propias palabras nos ha conservado un fragmento de Ulpiano (1), se ve al fideicomisario que obtiene lugar de heredero, se ven aquellos principios que indicaban en otro tiempo tanto celo en la continuacion de la persona jurídica del ciudadano, disiparse completamente. Un simple fideicomisario, designado sin las formalidades del derecho civil, será considerado como sucesor, como que toma sobre sí la persona del difunto; tendrá por su parte las acciones del difunto contra los deudores, y los acreedores las tendrán contra él. Sin embargo, estas acciones sólo se darán en favor ó en contra de él como acciones *útiles* por el ministerio del pretor, y conforme á las disposiciones del *edictio* (*eæque in edicto proponuntur*); porque no lo son en virtud del derecho civil (2), sino sólo por utilidad, suponiendo en el fideicomisario una cualidad que no tiene. Los acreedores de la herencia podrán siempre en todo rigor perseguir por acciones directas al heredero instituido; porque este solo es el verdadero heredero, el heredero del derecho civil; más éste, para defenderse de ellos, tendrá una excepcion (*restitutæ hereditatis exceptio*); ha restituido la herencia. Y si por su parte el heredero civil pretendia, usando del derecho rigoroso, proceder contra los deudores por las acciones directas, áun más allá de la parte que le ha quedado, era á su vez rechazado por una excepcion (3).

V. Sed quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel

5. Mas como los herederos inscriptos, rogados de restituir toda ó casi toda la herencia, se negaban á hacer adicion de ella por un benefi-

(1) Dig. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp. — Gay. 2. § 253.
(2) Gay. ib.
(3) Dig. 36. 1. 1. § 4. f. Ulp., y 27. § 7. f. Julian.

minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegasio (1) et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatus-consultum, ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur. Quæ species legati *partitio* vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum qui ex fideicommisso recepit hereditatem et heredem: id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

cio nulo ó mínimo, y que así se extinguian los fideicomisos, el senado, en tiempo de Vespasiano, siendo cónsules Pegasio y Pusio, decretó que el heredero rogado de restituir la herencia pudiese retener la cuarta parte de la misma, como es permitido hacerlo con los legados en virtud de la ley Falcidia. La misma retencion fué concedida en objetos particulares dejados en fideicomiso. Segun este senado-consulto, el heredero quedaba sometido á las cargas hereditarias; y en cuanto al fideicomisario que recibia una parte de la herencia, era asimilado á un legatario parciario, es decir, á aquel á quien habia sido legada una parte cuota de la herencia. Esta especie de legado se llamaba *particion*, porque el legatario partia la herencia con el heredéro. Así las estipulaciones usadas entre el heredero y el legatario parciario fueron empleadas entónces entre el heredero y el fideicomisario: estipulaciones en que se establecia que los beneficios y las cargas de la herencia serian comunes entre ellos, en proporcion á la parte de cada uno.

El senado-consulto Trebeliano ponia al fideicomisario en lugar de un heredero (*loco heredis*); le atribuia las acciones activas y pasivas en el todo ó en parte, segun que la herencia le hubiese sido restituida en su totalidad ó sólo en parte. Pero en el caso en que el heredero instituido hubiese sido encargado de restituir toda la herencia, ó bien una parte tal que no le dejase más que un pequeñísimo beneficio, ¿qué interes tenía en hacer una adicion en cierto modo ilusoria? Es verdad que el senado-consulto lo ponia á cubierto del peligro de las deudas, y que esto no era más que por medio de excepciones contra los acreedores; pero no le atribuia ningun beneficio. Así sucedia que en esta situacion se negaba el heredero á admitir una herencia inútil para él, y que por su negativa caian por tierra el testamento, todas las disposiciones del difunto y el mismo fideicomiso. Tal fué el inconveniente á que puso

(1) Quizá sea el jurisconsulto Pegasio, de que habla Pomponio: Dig. 1. 2. 2. § 47.

remedio el senado-consulto PEGASIANO (entre 823 y 829 de Roma, 70 y 76 de J. C.).

Este senado-consulto, que contenia tambien otras disposiciones importantes (1), concedió al heredero el derecho de retener de los fideicomisos, lo mismo que de los legados, la cuarta de la ley Falcidia. Era extender á este caso la ley Falcidia: era, pues, tratar al fideicomisario como á un legatario; ponerle en cierto modo *loco legatarii*. Así en este caso particular, que se hallaba fuera de lo que preveia el senado-consulto TREBELIANO, sufriendo el fideicomisario la reduccion de la cuarta, tratado como un legatario, y no como un heredero, no tenía por su parte las acciones activas y pasivas, ¿cómo, pues, se habian de arreglar sus derechos en este punto? Se continuó la asimilacion; era tratado como un legatario, pero como un legatario parciario, pues tenía una parte cuota de la herencia: entre él y el heredero intervinieron, pues, entónces las estipulaciones *partis et pro parte*, de que hemos hablado al tratar de los legados (2).

Esta cuarta, retenida por el heredero en los fideicomisos, no se llamó nunca por los jurisconsultos romanos con otro nombre que el de la cuarta (*quarta*), la Falcidia (*Falcidia*), el beneficio de la ley Falcidia (*commodum beneficium legis Falcidiæ*) (3), lo mismo que en los legados. Los comentadores le han dado la denominacion de cuarta Trebeliana, que nunca le ha dado el derecho romano, y que tampoco podia corresponderle, pues habia dado orígen á ella, no el senado-consulto TREBELIANO, sino el senado-consulto PEGASIANO.

En suma, el senado-consulto PEGASIANO no derogaba al que lo habia precedido, y cada uno de ellos se aplicaba á circunstancias diferentes. ¿Se trataba del senado-consulto TREBELIANO? Las acciones se dividian de pleno derecho y el fideicomisario estaba *loco*

---

(1) Así hemos visto más arriba que pone nuevas restricciones á la capacidad de recibir por fideicomiso.

(2) Segun nuestro juicio, es un error demasiado general creer que estas estipulaciones, *partis et pro parte*, tuviesen lugar, áun antiguamente, entre el heredero y el fideicomisario. Este último, hasta los senados-consultos, no habia sido nunca considerado ni como heredero ni como legatario; no se llegaban á motivar estipulaciones sino simulando una venta total ó parcial de la herencia: sólo intervenian las estipulaciones *emptæ et venditiæ hereditatis* (Gay. § 252). El senado-consulto PEGASIANO puso al fideicomisario *loco legatarii*, y se recurrió á las estipulaciones *partis et pro parte* (Gay. 2. § 254). — Para acabar de convencerse, compárese Gay. 2. §§ 252 y 254. — Ulp. Reg. 25. § 15. — Paul Sent. 4. 3. § 1.

(3) Dig. 36. 1. 16. § 9. f. Ulp.; 22. §§ f. Ulp.; 23. § 10 f. Julian; 30. pr. f. Marcian.

heredis. ¿Llegaba el caso del senado-consulto PEGASIANO? El fideicomisario estaba *loco legatarii;* las acciones no se dividian; era necesario recurrir á las estipulaciones *partis et pro parte.* ¿Pero en qué caso debia tener lugar la aplicacion del uno? ¿En qué caso la aplicacion del otro? Esto es lo que explica el párrafo siguiente.

VI. Ergo *si quidem non plus quam dodrantem hereditatis* scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatus consulto restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditariæ pro rata parte dabantur: in heredem quidem jure civili; in eum vero qui recipiebat hereditatem, ex senatus-consulto Trebelliano, tamquam in heredem. *At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem* restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatus-consulto; et heres qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarum legatarium et heredem; *si vero totam hereditatem restitueret,* emptæ et venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed *si recuset scriptus heres adire hereditatem,* ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus-consulto ut, desiderante eo qui restituere rogatus est, *jussu prætoris adeat* et restituat hereditatem, *perindeque* ei et in eum qui recipit hereditatem *actiones dantur, ac juris est ex Trebelliano senatus-consulto.* Quo casu nullis stipulationibus est opus, quia simil et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariæ ei et in eum transferuntur qui recepit hereditatem; utroque senatus-consulto in hac specie concurrente.

6. Si, pues, el heredero instituido *no hubiese sido rogado de restituir más de los tres cuartos* de la herencia, esta restitucion se hacía bajo el imperio del senado-consulto Trebeliano, y las acciones se daban contra cada uno en porcion de su parte, á saber: contra el heredero, segun el derecho civil; y contra el fideicomisario, segun el senado-consulto Trebeliano, como si fuese heredero. Pero *si hubiese sido rogado de restituir toda la herencia ó más de los tres cuartos*, entónces era el caso del senado-consulto Pegasiano; el heredero, una vez hecha la adicion, con tal que hubiese sido voluntaria, se hallaba él mismo sometido á todas las cargas hereditarias, ya hubiese hecho, ó ya no hubiese querido hacer la retencion del cuarto. Sólo en caso de retencion intervenian las estipulaciones *partis et pro parte*, como entre un legatario parciario y el heredero; miéntras que en caso de restitucion total eran las estipulaciones *emptæ et venditæ hereditatis.* Pero si el heredero instituido se niega á hacer adicion, alegando que la herencia le parece sospechosa de ser onerosa, establece el senado-consulto Pegasiano, que si aquel á quien se ha encargado restituir lo desea, hará *adicion por órden del pretor*, y restituirá la herencia, dándose entónces las acciones á aquel y contra aquel que reciba la herencia, *como bajo el imperio del senado-consulto Trebeliano.* En este caso no se necesita ninguna estipulacion, porque hay á un mismo tiempo, por efecto del concurso de los dos senado-consultos, seguridad dada á aquel que restituye, y traslacion de las acciones hereditarias á aquel y contra aquel que recibe la herencia.

La primera parte de este párrafo nos muestra claramente en qué

caso tendrá lugar la aplicacion del senado-consulto TREBELIANO, y en cuál otro la del senado-consulto PEGASIANO. Si el heredero no ha sido encargado de restituir más de los tres cuartos (*si quidem non plus quam dodrantem hereditatis*), el senado-consulto PEGASIANO es inaplicable, pues no há lugar á ninguna retencion, y hay que mantenerse en las disposiciones del senado-consulto TREBELIANO. — Si, por el contrario, ha sido encargado de restituir más de los tres cuartos (*at si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem*), es precisamente el caso para el cual ha sido hecho el senado-consulto PEGASIANO: se está, pues, bajo el imperio de este senado-consulto.

Pero la última parte del texto examina dos circunstancias que pueden presentarse:

1.° Si en esta última hipótesis, aquella en que debe aplicarse el senado-consulto PEGASIANO, el heredero, aunque teniendo el derecho de retener la Falcidia, no hace esta retencion, y restituye voluntariamente la herencia íntegra (*si vero totam hereditatem restitueret*), ¿qué se habrá de decir en cuanto á las acciones? ¿pasarán al fideicomisario? No, porque se encuentra uno bajo el imperio del senado-consulto PEGASIANO. El hecho de que el heredero no ha querido verificar su retencion no puede alterar el derecho: en él y contra él continúan residiendo todas las acciones; á él y al fideicomisario no le queda, pues, otro expediente que el de las antiguas estipulaciones (*emptæ et venditæ hereditatis*) (1).

2.° Si, siempre en la misma hipótesis, y no obstante la facultad de retener la Falcidia, el heredero instituido por cualesquiera motivos, alegando que cree la herencia sospechosa, onerosa, se niega á hacer adicion (*si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quassi damnosam*), ¿qué se habrá de hacer? ¿Se dejará que caiga por tierra el testamento, y por consecuencia el fideicomiso? Una disposicion especial del senado-consulto PEGASIANO provee de remedio para este caso. El heredero hará adicion por órden del pretor (*jussu prætoris adeat*),

(1) Gay. 2. § 257.—Modestino, sin embargo, parecia ser de opinion de que, en este caso, haciendo el heredero voluntariamente restitucion de la totalidad de la herencia, era preciso aplicar el senado-consulto TREBELIANO, y transferir las acciones en pro ó en contra del fideicomisario. Pero no consideraba esta opinion suya como muy segura, porque aconsejaba inmediatamente otro expediente (*suaserim tamen..... etc.*): el de hacer adicion como obligado por órden del pretor (*jussu prætoris*), á fin de hallarse en la segunda disposicion del senado-consulto PEGASIANO. Dig. 36. 1. 45. f. Modest.

restituirá toda la herencia, pero al mismo tiempo serán transferidas por el pretor las acciones de aquel y contra aquel á quien la herencia fuese de este modo restituida, como si estuviese en el caso del senado-consulto TREBELIANO (*perinde..... ac juris est ex Trebelliano senatus-consulto*) (1).

VII. Sed qui stipulationes ex senatus-consulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus *captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus apellat*, et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet: ideo, omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatus-consulti, placuit, exploso senatus-consulto Pegasiano quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus-consulto præstare, ut exeo fideicommissariæ hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat et vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere *vel repetere solutum*, quasi ex Trebelliano senatus-consulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competant. Sed etiam id quod præcipuum Pegasiani senatus-consulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones; et hoc transponimus ad senatus-consultum

7. Las estipulationes á que daba lugar el senado-consulto Pegasiano habian desagradado aún á los antiguos; un hombre de genio elevado, Papiniano, *las calificó hasta de capciosas* en muchos casos. En cuanto á nos, preferimos en las leyes la simplicidad á la complicacion; por consiguiente, despues de haber considerado las semejanzas y diferencias de estos dos senados-consultos, hemos derogado el senado-consulto Pegasiano, el más reciente, y atribuido al senado-consulto Trebeliano una autoridad exclusiva; de tal modo, que, ya tenga el heredero el cuarto por la voluntad del testador, ya tenga más ó ménos, ó nada absolutamente, restituirá la herencia con arreglo al senado-consulto Trebeliano; y si no tiene nada, ó si tiene ménos de la cuarta, podrá retener ó completar dicha cuarta, ó áun *repetir por ella si la ha pagado*; dividiéndose las acciones entre el heredero y el fideicomisario, en proporcion de la parte de cada uno, como se disponia por el senado-consulto Trebeliano; pero si restituye voluntariamente toda la herencia, pasarán todas las acciones hereditarias al fideicomisario y las que hubiese contra él. Hemos tambien trasladado al senado-consulto Trebeliano esta disposicion, que es la principal del senado-consulto Pegasiano, segun la cual, si el heredero se niega á hacer adicion, puede ser obligado á restituir toda la herencia al fideicomisario que la desea, pasando entónces todas las acciones á dicho fideicomisario, y debiendo responder de las que haya en contra de él. Sólo por el senado-consulto Trebe-

(1) Gay. 2. § 258.

Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

liano se impondrá esta obligacion al heredero, si ademas de negarse á hacer adicion, desea el fidicomisario que la herencia le sea restituida, no quedando nada al heredero, ni carga ni beneficio.

La disposicion de Justiniano se reduce en suma á haber reunido los dos senado-consultos en uno solo, dejando subsistir únicamente el nombre del primero. Así el heredero tendrá el derecho de retener la cuarta; y la transmision de las acciones al fideicomisario tendrá lugar en todos los casos. Segun esta nueva legislacion, el fideicomisario es siempre considerado como heredero (*loco heredis*).

Captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianis apellat: Capciosas, porque tanto al heredero cuanto al fideicomisario, hacian correr recíprocamente el peligro de su insolvencia (1).

Vel repetere solutum: Es una nueva disposicion de Justiniano, porque el heredero, por el senado-consulto PEGASIANO, una vez que hubiese restituido toda la herencia sin retener la cuarta, no podia ya reclamarla (2).

VIII. Nihil autem interest utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus, aut totam partem eam partem, aut partis partem restituere rogatur: nam et hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

8. Poco importa que se trate de un heredero instituido en el todo, encargado de restituir la herencia en todo ó en parte, ó de un heredero instituido en una porcion solamente, encargado de restituir esta porcion en su totalidad ó en parte; porque en este último caso se aplicará lo que hemos dicho acerca de la restitucion de toda la herencia.

IX. Si quis una *aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continet*, veluti fundo vel alia re rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatus-consulto restitutio fiat, perinde ac *si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere.* Sed illud interest, quod altero casu, id est cum deducta sive præcepta aliqua re vel pecunia restituitur hereditas, in solidum ex eo senatus-consulto actio-

9. Si el heredero ha sido encargado de traspasar toda la herencia, *reteniendo ó conservando un objeto que equivalga á un cuarto de la herencia*, como un fundo ó cualquiera otra cosa, la restitucion se hará segun el senado-consulto Trebeliano, *como si hubiese sido rogado de restituir la herencia, reservándose la cuarta.* Pero hay la diferencia en el primer caso, es decir, cuando el heredero se halla autorizado para deducir ó se-

---

(1) No ha llegado hasta nosotros ningun fragmento de Papiniano que contenga esta calificacion.

(2) Paul. Sent. 4 3. § 4.

nes transferentur; et res quæ remanent, apud heredem, sine ullo onere hereditario, apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita. Altero vero casu, id est cum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium; pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam, licet una re aliqua deducta aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur; æque in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilitet interveniunt, et si duabus pluribusve deductis præceptisve rebus restituere hereditatem rogatus sit. Sed et sit certa summa deducta præceptave, quæ quarta vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo qui ex asse heres institutus est, eadem transferemus et ad eum qui ex parte heres scriptus est.

parar ántes un objeto ó una suma determinada, que todas las acciones pasan al fideicomisario y contra él en virtud del senado-consulto, y que la cosa queda al heredero libre de toda deuda, como si la hubiese adquirido por legado. En el segundo caso, por el contrario, es decir, cuando el heredero se halla autorizado para retener un cuarto de la herencia, que se le ha rogado restituya, las acciones se dividen: los tres cuartos pasan al fideicomisario, y el otro cuarto queda al heredero. Ademas, áun cuando el objeto que el heredero instituido está autorizado por el testador para deducir ó separar ántes, constituyese la mayor parte de la herencia, las acciones hereditarias pasarian todas al fideicomisario y contra él, y á él toca ver si le interesa aceptar la restitucion. Todo esto se aplica igualmente, ya que la deduccion que el heredero está autorizado á hacer, recaiga sobre dos ó muchas cosas determinadas, ya recaiga sobre una suma de dinero equivalente al cuarto ó la mayor parte de la herencia, ya, en fin, se trate de un heredero instituido sólo en parte.

Aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continet..... — *Quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere.* La cuestion examinada y resuelta en este párrafo corresponde á la época en que los dos senado-consultos no se hallan todavía confundidos en uno solo; tenía entónces mucha más importancia: sin embargo, no perdió todo su interes en tiempo de Justiniano. Se supone que el mismo testador ha rogado al heredero que retenga la cuarta ó un objeto que á ella equivalga, y que restituya lo restante de la herencia: veamos lo que sobre esto se preguntaba bajo el antiguo derecho: ¿será preciso aplicar el senado-consulto Trebeliano, segun el cual pasan las acciones al fideicomisario, ó el senado-consulto Pegasiano, segun el cual quedan todas al heredero? Y se respondia: El senado-consulto Trebeliano. En efecto, retener la cuarta por la voluntad ó por indicacion del mismo testador no es lo mismo que retenerla en virtud del senado-consulto Pegasiano. En el primer caso el testador realmente no ha encargado al heredero que restituya más que los tres cuartos; no hay

ninguna necesidad de invocar el segundo senado-consulto, y se permanece, pues, bajo el imperio del primero; las acciones serán transferidas al fideicomisario. Esta primera parte de la cuestion no existia ya bajo Justiniano.—Pero véase la segunda, que ha conservado su interes: cuando el heredero retiene un objeto determinado equivalente á la cuarta, ¿deben las acciones pasar al fideicomisario en los tres cuartos solamente ó en su totalidad? Se responde: En su totalidad. En efecto, el heredero autorizado para retener objetos determinados es en realidad, con relacion á estos objetos, un legatario particular no sometido á las deudas. Es, pues, importante, dice Marciano, distinguir si hace la retencion por título hereditario ó en objetos particulares: «*Multum interest, utrum qua* (quarta) *pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia. Nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium: posteriore autem apud fideicommissarium sunt actiones* (1).

Si los objetos particulares que el heredero hubiese sido autorizado para retener no valiesen el cuarto, la cuestion bajo el antiguo derecho variaba completamente de aspecto. El testador habia realmente excedido en su fideicomiso los tres cuartos de la herencia; se estaba, pues, en el caso del senado-consulto PEGASIANO. Las acciones quedaban todas en el heredero. Pero en la legislacion de Justiniano, segun la cual las acciones se dividen siempre, ya los objetos particulares equivalgan á la cuarta ó ya sean inferiores á ella, la decision queda sometida á los mismos principios: el heredero no participaba de las acciones sino en la parte que toma á título hereditario para completar su cuarta (2).

X. Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam aliqui restituat: cum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.

10. Tambien se puede, en caso de muerte sin testamento, rogar á aquel á quien deban pasar los bienes segun el derecho civil ó pretoriano, que restituyendo á otro, ya la herencia en todo ó en parte, ya un objeto determinado, como un fundo, un esclavo ó una suma de dinero: cuando por otra parte no puede haber legado si no hay un testamento.

Los fideicomisos han tenido por verdadero y primitivo orígen

(1) Dig. 36. 1. 30. § 3. f. Marcian.
(2) Dig. 36. 1. 1 § 16. f. Ulp. (probablemente interpretado). Cod. 6. 50. 11. const. de Gordian.

la necesidad de rogar, de confiarse á la buena fe en aquello en que no se podia ordenar. Respecto de los herederos *ab intestato* no existia más que este recurso, porque no teniendo estos herederos su título del difunto, nada tenía éste que mandarles. Nadie duda, por consiguiente, que los fideicomisos en la época misma en que no eran todavía obligatorios, no interviniesen en las sucesiones *ab intestato* lo mismo que en las herencias testamentarias. Cuando en tiempo de Augusto se principió á unir á estos ruegos alguna obligacion de derecho, no se distinguió si eran dirigidos á uno ó á otro de dichos herederos, y vemos positivamente que se pueden dejar codicilos, ya con testamento, ya sin él (1). — Pero los senado-consultos TREBELIANO y PEGASIANO ¿debian aplicarse ó no á los fideicomisos en el caso de herencia *ab intestato?* La cuestion fué debatida entre los jurisconsultos, porque el texto del senado-consulto TREBELIANO suponia positivamente el caso de testamento (*in eos quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset*) (2); lo era todavía por Júliano en tiempo del emperador Adriano (3); mas el jurisconsulto Paulo nos manifiesta que Antonino Pío extendió la aplicacion de estos senado-consultos á los fideicomisos *ab intestato* (4).

XI. Eum quoque cui aliquid restituitur, potest rogare ut id rursum alii, aut totum aut pro parte, vel etiam aliquid aliud restituat.

11. Aquel á quien se restituye una cosa puede ser rogado de que á su vez la restituya á otro, ya consista esta cosa en todo ó en parte, ya en un objeto diverso.

Pero el fideicomisario encargado de restituir á su vez á otro no tiene derecho de retener una nueva cuarta. La Falcidia tenía por objeto asegurar al difunto un heredero, y no un fideicomisario, que no era en nada de necesidad. Sin embargo, si el heredero no habia hecho adicion sino *jussu prætoris* no queriendo usar de sus derechos y restituyendo toda la herencia al fideicomisario, éste tendria el derecho de retener la Falcidia como habria podido hacerlo el mismo heredero y en cierto modo á su nombre (5).

---

(1) Gay 2. § 270.—Ulp. Reg. 25. § 11.—Dig. 29. 7. 16. f. Paul.—Inst. 2. 25. § 1.

(2) Dig. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp. reproduciendo los términos del senado-consulto.

(3) Dig. 36. 6. § 1. f. Ulp., que nos indica bien el motivo de la duda: «*Meminisse autem oportebit, de herede instituto senatum loqui; ideoque tractatum est apud Julianum...* etc.»

(4) Dig. 35. 2. 18. f. Paul.

(5) Dig. 36. 1. 63. § 11. f. Gay.

XII. Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit; nuper et nos eundem principem superare contendentes, ex facto quod Tribonianus, vir excelsus, quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem facimus per quam disposuimus: si testator fidei heredis sui commisit ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis intervenerit; tunc sive pater heredis sive alius quicumque sit qui fidem heredis elegerit, et ab eo restitui aliquid voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse *de calumnia juravit*, necesse eum habere vel jusjurandum subire quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is a quo relictum dicitur, postquam negaverit, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo cogendus est solvere.

12. Al principio dependian los fideicomisos de la buena fe de los herederos, y de ella habian tomado su nombre y su carácter; pero Augusto los hizo obligatorios : en cuanto á nos, tratando de exceder en esto al emperador Augusto, hemos, con motivo de un hecho de que nos ha dado cuenta el eminente Triboniano, cuestor de nuestro sacro palacio, establecido por una constitucion, lo siguiente: Si un testador ha encomendado á la buena fe de su heredero la restitucion de una herencia ó de un objeto particular, y este hecho no puede ser probado ni por escrito ni por cinco testigos, número que se exige para los fideicomisos, mas el acto ha tenido lugar sin testigos ó ante ménos de cinco, entónces, aunque el que de este modo se ha fiado del heredero y le ha rogado que restituya, ya sea su padre, ya cualquiera otro, si dicho heredero se niega pérfidamente á la restitucion, negando que ha recibido semejante encargo, podrá el fideicomisario, despues de haber *jurado su buena fe*, deferirle el juramento, y será preciso que jure no haber tenido conocimiento de cosa semejante de parte del testador, ó que restituya el objeto del fideicomiso. Así la última voluntad del moribundo, depositada en la buena fe del heredero, no perecerá nunca; la misma regla se observará respecto del legatario ó fideicomisario encargado de alguna restitucion. Si aquel contra el cual se invoca semejante obligacion, despues de haber negado al principio, confiesa despues el hecho, aunque envolviéndose en las sutilezas del derecho, no dejará por eso de ser obligado á pagar.

La institucion de heredero recibe su existencia, no sólo de la voluntad del testador, sino tambien de la forma; sería, pues, inútil que se probase dicha voluntad : si la forma no existe, no hay institucion. Lo mismo sucedia ántes de Justiniano respecto de los legados. Pero respecto de los fideicomisos, la sola voluntad del difunto los constituye; las formalidades exigidas lo son únicamen-

te para prueba; si dichas formalidades faltan, podrá hacerse la prueba por juramento. El mismo derecho se aplica á los legados, pues estas dos especies de disposiciones fueron asimiladas la una á la otra por Justiniano.

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissus relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, pecuniam numeratam; et vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat, vel legatarium quamvis a legatario legari non possit.

I. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed heredis aut legatarii aut fideicommissarii *aut cujuslibet alterius*. Itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, *quam ipse ex testamento ceperit;* nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam redimere et præstare, *aut æstimationem ejus solvere.*

TÍTULO XXIV.

DE LOS OBJETOS PARTICULARES DEJADOS POR FIDEICOMISO.

Se pueden tambien dejar por fideicomiso objetos particulares, como un fundo, un esclavo, un vestido, oro, plata y moneda acuñada, y rogar acerca de tales restituciones, ya al mismo heredero, ya á un legatario, aunque no se pueda encomendar ningun legado á un legatario.

1. El testador puede dejar por fideicomiso, no sólo sus propias cosas, sino tambien las del heredero, legatario, fideicomisario ó *cualquiera otro;* así se puede rogar á un legatario ó á un fideicomisario, no sólo que restituya lo que se le ha dejado, sino tambien otra cosa cualquiera, áun la cosa de otro, mas á ninguno debe rogársele que restituya *más de lo que ha recibido*, pues en este caso el fideicomiso será nulo en la parte excedente. Cuando se ha dejado por fideicomiso la cosa de otro, el fideicomisario está obligado á comprarla y entregarla ó *pagar su precio.*

Aut cujuslibet alterius. El fideicomiso tenía, bajo el aspecto de los objetos que podia comprender, la misma latitud que el legado *per damnationem* (1).

Ne plus quam ipse ex testamento ceperit. Esta regla era un principio general, comun igualmente al heredero respecto de los legados de que podia encargársele : «*Neminem oportere plus legati nomine præstare, quam ad eum ex hereditate pervenit*» (2).—Sin

(1) Ulp. Reg. 25. § 5.

(2) Dig. 36. 1. 1. § 17. f. Ulp.—40. 5. 24. § 13. f. Ulp.

embargo, no recibe su aplicacion si no se establece la comparacion entre dos cantidades (*si quantitas cum quantitate conferatur*). Así, por ejemplo, si el legatario ó fideicomisario que ha recibido una suma de dinero ha tenido el encargo de dar á otro tal casa ó de manumitir al esclavo perteneciente á otro, y se exige por dicha casa ó por dicho esclavo un precio superior á la suma que ha recibido, no está obligado á comprarlos. Pero si, por el contrario, se trata de una casa ó de un esclavo que le pertenecen, deberá obedecer el fideicomiso, sin poder alegar que su valor es superior al que ha recibido; porque desde el momento que ha aceptado el legado, se juzga que ha hecho la comparacion conveniente y sometídose á la carga que se le imponia (1).

Aut æstimationem ejus solvere. Algunos juriconsultos juzgaban en tiempo de Gayo que en este punto no sucedia con el fideicomiso como con el legado; segun ellos, si el propietario de la cosa se negaba á venderla, se extinguia el fideicomiso sin que la persona á quien se le hubiese encomendado estuviese obligada á dar el precio de dicha cosa. Bajo el imperio de Justiniano no cabia controversia acerca de esta opinion (2).

II. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius vel fideicommissarius. Nec interest utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, *si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, recepit: non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur;* quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex causa fideicommissi manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit. At is qui directe testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam *Orcinus* appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest,

2. Tambien se puede dar la libertad á un esclavo por fideicomiso, rogando al heredero, á un legatario ó á un fideicomisario que lo manumita. Y poco importa que dicho esclavo sea del testador, del heredero, del legatario ó de otro; si es de otro, se le deberá comprar y manumitir. Si el dueño se niega á venderlo (*suponiendo que no haya recibido nada en virtud de las últimas disposiciones del difunto*), el fideicomiso de la libertad *no se halla extinguido, sino sólo diferido;* porque el tiempo puede suministrar ocasion de comprar al esclavo y manumitirlo. El esclavo manumitido en virtud de un fideicomiso se hace manumitido, no del testador, sino del que ha hecho la manumision; por el contrario, recibiendo directamente la libertad por testamento, es manumitido del testador, y se llama *Orcinus.* Aquél sólo puede ser manumitido directamente

(1) Dig. 31. 70. § 1. f. Papin.—40. 5. 24. §§ 12 y sigs. f. Ulp.
(2) Gay. 2. § 262.

quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur. Directa autem libertas tunc dari viditur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

por testamento que se hallase bajo la potestad del testador al tiempo de la formacion del testamento y de la muerte de aquél. La libertad se da directamente, cuando el testador no encarga á nadie que manumita al esclavo, sino que quiere que adquiera la libertad por efecto del testamento.

Véase un caso en que, á pesar de la asimilacion hecha por Justiniano entre los legados y los fideicomisos, continúa subsistiendo la distincion; siendo diferentes las condiciones y los efectos entre el caso de manumision directa y el de manumision por fideicomiso. Ya hemos expuesto esta materia, á la que el Digesto dedica un título especial (1).

Si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, recepit. Porque, aceptando lo que le hubiese sido dejado, habria contraido la obligacion de no poner obstáculo al cumplimiento de la voluntad del difunto (2).

Non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur. Esta decision está tomada, en términos casi idénticos, de un rescripto del emperador Alejandro inserto en el código de Justiniano (3). El que se halla encargado del legado de manumision, no puede dar al esclavo su precio en defecto de libertad. Para él no hay posible ninguna compensacion pecuniaria : será, pues, preciso esperar mejor ocasion para comprarlo y manumitirlo. Vemos por los fragmentos de Ulpiano y por la Instituta de Gayo, que la opinion de estos juriconsultos, anterior por lo demas al rescripto de Alejandro, se reducia á que el fideicomiso de la libertad se extinguia por negarse el dueño del esclavo á venderlo por un precio justo (4). Pero Justiniano en ninguna parte de sus colecciones ha dado lugar á esta opinion; y léjos de seguir aquí la Instituta de Gayo, ha sustituido el rescripto de Alejandro.

Orcinus : de *Orcus*, el infierno, lugar adonde pasaban los muertos.

Si el testador ha manumitido directamente á un esclavo, que no

(1) Gay. 2. §§ 263 y sig.—Ulp. Reg. 2 §§ 7 y sigs., y 25. § 18.—Paul. Sent. 4. 13. *De fideicommissis libertatibus.*—Dig. 40. 5. *De fideicommissariis libertatibus.*—Cod. 7. 4. *De fideicommissariis libertatibus.*

(2) Cod. 7. 4. 6. const. de Alej.

(3) Ib.

(4) Ulp. Reg. 2. § 11.—Gay. 2. § 265.

puede ser manumitido sino por fideicomiso, la disposicion, nula como manumision directa, valdria como fideicomiso.

III. Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur: PETO, ROGO, VOLO (MANDO), FIDEI TUÆ COMMITTO. Quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

3. Los términos más usados en los fideicomisos son éstos: PIDO, RUEGO, QUIERO, ENCOMIENDO Á TU FE. Expresiones de las cuales cada una vale tanto como todas reunidas.

Acerca de estas diversas expresiones, puede verse lo que ya hemos dicho.

TITULUS XXV.

DE CODICILLIS.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse; sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti fideicommissa præstabant; et filia Lentuli legata quæ jure non debebat solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset; et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes quæ apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post

TÍTULO XXV.

DE LOS CODICILOS (1).

Antes de Augusto no se hallaba en uso el derecho de los codicilos: Lucio Lentulo (2), el mismo que dió orígen á los fideicomisos, fué el primero que introdujo los codicilos. En efecto, estando próximo á morir en África, escribió codicilos, que su testamento confirmaba, en los cuales rogaba á Augusto por medio de fideicomiso que hiciese alguna cosa. Augusto llenó sus deseos, y en seguida los demas, imitando su ejemplo, ejecutaron tambien los fideicomisos, y la hija de Lentulo pagó legados que no debia segun todo el rigor del derecho. Se dice que convocó Augusto varones sabios, entre los cuales se halló Trebacio, que gozaba entónces de grande autoridad; y les preguntó si podia adoptarse esta innovacion, si el uso de los codicilos se hallaba en armonía con los principios del derecho, y Trebacio aconsejó á Augusto admitirle como muy útil y necesario para los ciudadanos, á causa de las grandes y prolongadas peregrinaciones que hacian entónces, durante las cuales, si habia imposibilidad de hacer un testamento, al ménos podrian hacerse codicilos.

(1) Antes de Justiniano: Gay. 2. §§ 270 y 273.—Ulp. Reg. 25. § 11.—Paul. Sent. 3. 6. § 92 y 4. 1. § 10.—Cod. Hermog. tit. *De donationibus*, f. 3. Cod. Teod. 4. 4. *De testamentis et codicillis*. Bajo Justiniano: Dig. 29. 7. *De jure codicillorum*.—Cod. 6. 36. *De codicillis*.—Despues de Justiniano: Basílicas, lib. 36. περί κωδικέλλου (*de los Codicilos*).

(2) Lucio Cornelio Lentulo, que fué cónsul en Roma año de 751.

quæ tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

En adelante, habiendo hecho codicilos el mismo Labeon, nadie dudó desde entónces de que fuesen perfectamente admitidos en el derecho.

Entre *codex* y *codicillus* hay la misma relacion que entre tabla y tableta; la una es el diminutivo de la otra. Vemos en Ciceron y en Séneca (1) que se designaba con el nombre de *codicilli* unas tabletas ó pequeñas tablas destinadas al uso diario, como para extender anotaciones y escribir á amigos y vecinos; miéntras que se reservaban las tablas para actos más importantes (*tabulæ, lignum, codex, chartæ*), que ofrecian ó mayor espacio ó más solemnidad, ó que aseguraban una más larga duracion. En primera línea de los actos más graves se hallaban seguramente los testamentos.

Se comprende por esto que el ciudadano, por separado de su testamento, y para evitar el rehacerlo, ó en la imposibilidad de llenar las solemnidades de semejante acto, dirigia al que debia ser su heredero ó su legatario estas tabletas sin forma pública, estos codicilos, especie de correspondencia privada, rogándoles que ejecutasen esta ú otra disposicion, que deseaba tuviese efecto despues de su muerte. De aquí provino que, á la manera que se llamaba simplemente *tabulæ, lignum, codex*, el testamento, se introdujo el uso de llamar *codicilli* estos áctos accesorios, que confiaban á la buena fe del heredero ó del legatario algun acto de la voluntad del testador.

Los codicilos se ligan extremadamente á los fideicomisos; son dos ideas correlativas; el uno es la disposicion y el otro el acto que la contiene. Obsérvese en efecto que en el uso primitivo de los codicilos toda disposicion hecha de este modo no podia ser sino un fideicomiso, pues el derecho civil no reconocia ninguna otra forma sino la del testamento, ya para las instituciones de heredero, ya para los legados. Así vemos que los codicilos, dirigidos comunmente en forma de cartas, se llaman en alguna parte *epistola fideicommissaria* (2). Y en la misma época, bajo el imperio de Augusto fué aprobado el uso ya antiguo de los codicilos, al mismo tiempo que los fideicomisos recibieron una sancion de la autoridad pública. El texto nos da á conocer suficientemente la historia de su aprobacion.

(1) Cicer. Epp. ad. Famil. IV. 12, y VI. 18.—Sénec. Epp. 55. *in fin.*
(2) Dig. 32. 3.° 37. § 3; y 31. 2.° 89. pr. f. Scevol.

La introduccion de los codicilos fué de la mayor utilidad, y áun puede decirse que era de indispensable necesidad en una legislacion como la romana. En efecto, segun el principio de que no puede existir para un solo ciudadano más que un solo testamento, una vez hecho éste, es imposible que el testador le añada ninguna nueva disposicion. Queria dejar la libertad de un esclavo, reconocer tal servicio que se le habia prestado, ó dar algunos sueldos de oro, poco importaba la naturaleza de la disposicion, pues aunque consistiese ésta en muy poco valor, era preciso rehacer el testamento, y esto en cada ocasion que se ofrecia. Los codicilos suministraron el medio de ejecutar estas disposiciones accesorias con ménos formalidades y sin tocar al testamento ó áun sin hacer otro. Este es el carácter distitivo de esta institucion.

Los codicilos pueden, ó hacerse *ab intestato*, ó referirse á un testamento (1).

En el primer caso existen los codicilos por sí mismos; no tienen otras causas de validez ó nulidad, sino las que pueden hallarse en ellos mismos (*nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent*) (2). Por lo demas, no contienen nunca más que fideicomisos, porque, segun el derecho civil, nada se tiene que mandar á los herederos *ab intestato*, y no se puede poner á su cargo ningun legado (3). Pero estos fideicomisos pueden abrazar ya la herencia toda, ó una cuarta parte, ya objetos particulares (4).

En el segundo caso, es decir, cuando existe un testamento anterior ó posterior, los codicilos se ligan á dicho testamento como cosas accesorias de él. Se reputan como partes del mismo hasta tal punto, que todo lo que en ellos se encuentra se reputa escrito en el testamento (*ut quæcumque in his scriberentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent*), y por consiguiente, es preciso considerar la época de la formacion del testamento, áun para apreciar sus disposiciones (5). Siguen la suerte del mismo testamento, y subsisten ó se invalidan con él (*jus sequuntur ejus, vires*

---

(1) Dig. 29. 7. 8. pr. f. Paul.

(2) Ib. 16. f. Paul. *in fin.*

(3) Por esto leemos en un fragmento del código Hermogeniano, sacado de la *Consultatio veter. Juriscons.*, esta constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano: « *Codicillis autem, sine testamento, legatum nec adimi nec dari potest.* » — Gay. 2. §. 270.

(4) Ulp. Reg. 25. § 11. — Dig. 29. 7. 3. pr. Julian; y 8. § 1. f. Paul.

(5) Dig. 29. 7. 2. § 2. f. Julian; y 14. f. Scevol. Vemos por este fragmento que este principio habia sido objeto de controversia entre los Sabinianos y los Proculeyanos.

ex eo capiunt) (1). — En cuanto á la naturaleza de las disposiciones que pueden contener, es preciso distinguir si se hallan ó no confirmadas por el testamento.

I. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestato quis decendens fideicommittere codicillis potest. Sed ante testamentum factum codicilli cum facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam *si speciali postea voluntate confirmentur*. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis qui testamentum præcedunt, *posse fideicommissum peti*, si apparet eum qui postea testamentum fecit, a voluntate quam codicillis expresserat, *non recessisse*.

1. Se pueden hacer codicilos, no sólo habiendo hecho su testamento, sino que tambien se puede, muriendo intestado, dejar fideicomisos en codicilos. En cuanto á los hechos ántes del testamento, dice Papiniano que no son válidos *si despues no son especialmente confirmados*. Mas los divinos Severo y Antonino han decidido por un rescripto, que se podrá, en virtud de codicilos anteriores al testamento, *pedir los fideicomisos*, si parece que aquel que ha hecho un testamento posterior, *no se ha separado* de la voluntad expresada en los codicilos.

Si speciali postea voluntate confirmentur: Los codicilos pueden ser confirmados ó *in futurum* ó *in præteritum* (2). *In futurum*, cuando el testador, en el mismo testamento, expresa su voluntad de que se observen los codicilos que pudiese extender en adelante: *in præteritum*, cuando en su testamento confirma los codicilos hechos ántes. Su confirmacion podria extenderse á un tiempo á unos y á otros; tal sería, segun la decision de Celso, la que fuese concebida en estos términos: «*Si quid tabulis aliove quo genere ad hoc testamentum pertinens reliquero, ita valere volo*» (3). — Los codicilos confirmados pueden contener, no sólo fideicomisos, como en su primer orígen y ántes de su aprobacion pública, sino áun legados, revocaciones de éstos, manumisiones directas, y nombramientos de tutor (4). En cuanto á los codicilos no confirmados, sus disposiciones sólo valen como fideicomisos (5). Papiniano áun creia que si fuesen anteriores al testamento, la formacion de este testamento sin confirmacion los habria anulado. Pero vemos en el texto que un rescripto de los emperadores Severo y Antonino ha decidido otra cosa. Sin embargo, será necesario que algunos indi-

---

(1) Ib. 3. § 2. f. Julian. — 16. f. Paul.
(2) Dig. 29. 7. 8. pr. f. Paul.
(3) Ib. 18. f. Cels. — Dig. 405. 56. f. Marcel. «*Si quos codicillos reliquero valere volo.*»
(4) Paul. Sent. 3. 6. § 92. — Dig. 40. 4. 43. f. Modest. — 26. 2. 3. pr. f. Ulp.
(5) Paul. Sent. 4. 1. § 10. — Gay. § 27. 2.

cios cualesquiera manifiesten que el testador ha persistido en su voluntad, y que su intencion, al hacer testamento, no ha sido la de anularlos (*si voluntas eorum quocumque indicio retineatur*) (1). — Por lo demas, bajo el imperio de Justiniano no habia interes, salvo los casos de manumision y de nombramiento de tutor, en averiguar si la disposicion vale como legado ó como fideicomiso, pues el derecho es el mismo.

II. Codicilis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest, nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere neque substituere directo potest.

2. Mas no se puede por codicilos ni hacer donacion, ni quitar la herencia, pues esto hubiera sido confundir el derecho de testamento con el de los codicilos; ni por consiguiente desheredar tampoco. Sin embargo, directamente no puede la herencia ser ni dada ni revocada en los codicilos; porque por fideicomiso puede dejarse válidamente en aquéllos. No se puede tampoco en los codicilos añadir una condicion á la institucion de heredero, ni hacer directamente una sustitucion.

La institucion de heredero, la designacion de aquel que tomará en sí la persona jurídica del difunto y la continuará, no puede hacerse nunca sino por testamento. Lo mismo sucederá para revocar esta institucion; para la condicion que se quisiere añadirle, lo que comprenderia á un mismo tiempo revocacion en un caso é institucion en otro; y en fin, para la sustitucion, que no es otra cosa sino una especie de institucion. Pero el fideicomiso de una cuarta parte de la herencia ó áun de toda la herencia, podrá hacerse por codicilos (2), y sabemos que bajo el imperio de Justiniano el fideicomisario estaba siempre *loco heredis*. Sólo queda ya una sombra del derecho civil.

III. Codicillos autem *etiam plures* quis facere potest, et *nullam solemnitatem ordinationis disiderant.*

3. Se pueden hacer aún *muchos codicilos;* y estos actos no reclaman *ninguna solemnidad de forma.*

Etiam plures: Porque los codicilos sólo contienen legados y fideicomisos; mas el número de legados y fideicomisos que pueden

(1) Dig. 29. 7. 5. f. Ulp.
(2) Gay. 2. § 273. — Dig. 29. 7. 2. § 4. f. Julian., y 6 pr. f. Marcian.

hacerse no es limitado; el uno no destruye al otro, á ménos que no lo haya querido el testador. Cada codicilo sólo revoca, pues, en los anteriores lo que el testador ha declarado expresamente querer revocar, ó lo que es inconciliable con las nuevas disposiciones (1). Miéntras que el testamento contiene la institucion de heredero, pero esta institucion abraza por fuerza toda la herencia: no puede haber dos; el uno destruye siempre al otro.

Nullam solemnitatem ordinationis desiderant. Los codicilos en su orígen no se hallaban sometidos á ninguna formalidad. Eran tabletas y correspondencia privada. Posteriormente se regularizaron tales actos. En el código Teodosiano encontramos una constitucion de los emperadores Constantino y Constante (año 326 de J. C.), que exige la intervencion de siete ó cinco testigos en los codicilos que no se hallen precedidos de un testamento (2). Justiniano, en fin, exigió que en toda expresion de la última voluntad, excepto el testamento, interviniesen cinco testigos. Por lo demas, la voluntad puede ante ellos declararse, ya por escrito, ya simplemente de palabra (3). Y en suma, estas formas no son solemnidades, pues no dan existencia al acto ni se exigen sino para prueba, pues si faltan, hemos visto que se puede deferir el juramento.

Si el testador ha querido hacer un testamento, mas si el acto es nulo como tal, ya porque no se han llenado todas las formalidades ó no han sido terminadas, ya porque la institucion de heredero que constituye la esencia del testamento no es válida ó llega á caducar, el acto nulo como testamento, ¿valdrá al ménos como codicilo? Será válido como tal si el testador así lo ha ordenado expresamente. Por ejemplo, en estos términos, reproducidos por Paulo: «*Hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit*» (4), ó en éstos: «*Ea omnia fieri volo etiam jure ab intestato*» (5); «*volo hoc etiam vice codicillorum valere*» (6); «*pro codicillis etiam et valere*»; «*ut vice etiam codicillorum scriptura debeat obtinere*» (7),

---

(1) Cod. 6. 36. 3. const. Diocl. y Maxim.

(2) «*In codicillis, quos testamentum non præcedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deesse oportet... Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum.*» Cod. Teod. 4. 4. 1.

(3) Cod. 6. 36. 8. §. 3. Véase tambien Cod. 1. 3. 13. y Dig. 42. 1. 5. § 1.

(4) Dig. 28. 1. 29. f. Paul.

(5) Dig. 5. 2. 13. f. Scevol.

(6) Dig. 29. 1. 3. f. Ulp.

(7) Cod. 6. 36. 8. pr., y § 1. const. de Teod.

ó con cualquier otra expresion. Esta cláusula no se subentiende nunca (1), á no ser en los testamentos militares (2). Los comentadores la han llamado cláusula codicilar (*clausula codicillaris*); mas este nombre no es propio del derecho romano. — Si la nulidad procede de un defecto de capacidad del testador, afecta al acto, lo mismo como testamento que como codicilo (3).

De la apertura y conservacion de los testamentos (4).

El testamento es un título que crea y modifica derechos tan diversos y tan graves, que su apertura, su exámen y su conservacion importan á muchos interesados, y eran considerados en cierto modo por los romanos como un negocio público. En efecto, ninguna transaccion privada, ninguna controversia jurídica que proceda del testamento puede resolverse y determinarse sin la inspeccion y conocimiento de sus términos (5). El pretor, por medio de un edicto, habia arreglado esta materia (6); y encontramos un título del Digesto y otro del código de Justiniano dedicados á la misma matèria; en fin, Paulo en sus sentencias nos ha comunicado acerca de éstos algunos pormenores curiosos.

§ 1.° «En Roma, dice, la apertura del testamento se hace con asistencia de los testigos ó de la mayor parte de los mismos que en él han puesto sus sellos; reconocidos éstos, se rompe el hilo, se lee el testamento y se saca una copia (*describendi exempli potestas*); en seguida se sella con el sello público y se deposita en los archivos, á fin de que si llega á perecer la copia, sea siempre posible sacar otras nuevas.»

§ 2.° «Los testamentos hechos en los *municipes*, en las colonias, en las *oppida*, en las prefecturas, en los *vici*, en los *castella* y en los conciliábulos deben sèr leidos en el foro ó en la basílica en

(1) Dig. 28. 6. 41. § 3. f. Papin. — 29. 7. 1. f. Ulp.

(2) Dig. 29. 1. 3. const. de Ulp.

(3) Dig. 5. 2. 13. f. Scevol.

(4) Antes de Justiniano, Paul. Sent. 4. 6. *De vicesima.* — Cod. Teod. 4. 4. — Bajo Justiniano, Dig. 29. 3. *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur;* — Cod. 6. 30. *Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur et describantur.* — Despues de Justiniano, Basilicas, 86. 6. περί διαθήκων ποίῳ τρόπῳ ἀνοίγονται καί μεταγράφονται. (*De los testamentos, y cómo son abiertos y transcritos.*)

(5) Dig. 29. 3. 1. § 1. f. Gay.

(6) Ib. pr.

presencia de los testigos ó de hombres buenos, entre la segunda y décima hora del dia; despues de sacada una copia, el testamento será de nuevo sellado por los magistrados en presencia de los cuales se haya verificado la apertura.»

§ 3.º «El voto de la ley es que el testamento sea abierto inmediatamente despues de la muerte del testador; así, aunque los rescriptos hayan variado acerca de este punto, la apertura debe verificarse, si las personas se hallan presentes, entre el tercero y el quinto dia despues de la muerte; ó si son ausentes, en el mismo plazo despues de su vuelta; importa, en efecto, que los herederos, los legatarios y los esclavos manumitidos experimenten el menor retardo posible» (1).

Al oficio del pretor corresponde obligar á los que han puesto sus sellos, á comparecer á la convocacion, á fin de que reconozcan aquéllos ó nieguen haberlos puesto (2). Basta el mayor número de ellos. Si todos se hallan ausentes y hay sin embargo urgencia, debe el magistrado hacer que se verifique la apertura en presencia de hombres de la más acrisolada reputacion; despues que haya sido reconocido el testamento y que se haya sacado copia de él, se sella por los que han asistido á la apertura y se envia á donde se hallan los testigos ausentes á fin de que reconozcan sus sellos, pues al testigo ausente no se le obliga á concurrir á la apertura, sino que se envia el testamento al punto donde se halla (3).

Si hay duda acerca de la muerte del testador, el pretor debe resolver con conocimiento de causa y no permitir la apertura del testamento cuando se halla probada la existencia del testador (4).

La disposicion del edicto es general; á cuantos lo desean, tanto en su nombre como en el de otro, concede el pretor la facultad de examinar (*inspiciendi*) el testamento, y áun de sacar copia de él (*describendi*) (5). Sin embargo, hay ciertas disposiciones que no se hallan abiertas ó de las cuales no es permitido tomar conocimiento ni sacar copia: tales son las que el testador ha prohibido que se publiquen sino en tal tiempo ó bajo tal condicion: tales son las instituciones pupilares cuando han sido selladas por separado,

(1) Paul. Sent. 4. 6.
(2) Dig. 29. 3. 4. f. Ulp., y 5. f. Paul.
(3) Dig. 29. 3. 7. f. Gay.
(4) Ib. 1. pr. f. Gay.
(5) Dig. 29. 3. 8. f. Ulp.

ó las partes del testamento que pueden cubrir á alguno de ignominia; ni, en fin, la indicacion del dia ni del cónsul por temor de falsificacion (1).

Si el que tiene las tablas del testamento se niega á presentarlas, se le obligará á ello; si niega que las tiene, dará el pretor contra él un interdicto especial *de tabulis exhibendis* (2). En cuanto al heredero que pretende en calidad de tal que las tablas del testamento son suyas como cosa perteneciente á la herencia, tiene para reivindicarlas la *vindicatio;* ó para llegar á esta vindicacion, la accion *ad exhibendum*, que es menester no confundir con el interdicto que precede (3).

La ley PAPIA POPPÆA, con objeto fiscal, y para aumentar los peligros de caducidad, habia dado todavía más importancia á la solemnidad de la apertura del testamento. — Así es que respecto de las herencias, habia prohibido que pudiese hacerse la adicion ántes de la apertura de las tablas (*ante apertas tabulas*) (4). Parece, sin embargo, que exceptuaba al heredero *ex asse*, es decir, al heredero de la totalidad (5). En efecto, la falta de semejante heredero no habria dado lugar á una caducidad útil; pero haciendo caer por tierra todo el testamento, habria llamado simplemente la sucesion *ab intestato*, y no tendria el fisco nada que ganar. — En cuanto á los legados, habria retrocedido la época del *dies cedit* (6) hasta esta misma apertura de las tablas, como ya hemos dicho ántes. — Justiniano en uno y otro punto volvió al derecho primitivo. El heredero podrá hacer adicion áun ántes de la apertura de las tablas, con tal que tenga pleno conocimiento de su derecho (véase más adelante); y el *dies cedit*, respecto de los legados, tendrá lugar como en las cosas pasadas, desde la muerte del testador, si se trata de disposiciones puras y simples (7).

Una constitucion de Teodosio y Valentiniano hábia dado un nuevo interes, por cierto bien notable, á esta apertura de las tablas del testamento, estableciendo que si los hijos instituidos por

(1) Dig. 2. § 6. f. Ulp. — Cod. 6. 32. 3. const. de Diocl. y Maxim.
(2) Dig. 29. 3. 2. § 8. f. Ulp. — Dig. 43. 5, y principalmente el fragmento primero, que contiene los términos de este interdicto.
(3) Dig. 29. 3. 3. f. Gay. — 10. 4. 3. § 8. f. Ulp.
(4) Cod. 6. 51. *De caducis tollendis*, 1. § 1. const. de Justin.
(5) Dig. 22. 6. *De iur. et fact. ign.* 1. § 4. f. Paul.
(6) Ulp. Reg. 24. § 31.
(7) Cod. 6. 51. *De cad. toll.* f. § 1.

un ascendiente ó por una ascendiente cualquiera muriesen ántes de dicha apertura, habiendo tenido ó no conocimiento de su institucion, transmitian á sus propios hijos sus derechos de herencia (1). Este es un punto que examinarémos en breve al tratar de esta transmision.

Acciones relativas á los legados y fideicomisos.

Respecto de los legados, hemos suficientemente explicado cómo era en el antiguo derecho romano la fórmula usada para constituir el legado que determinase su naturaleza y efectos, y por consiguiente, tambien la accion conferida al legatario: la accion real, *rei vindicatio*, para el legado *per vindicationem;* la accion personal, *condictio*, para los legados *per damnationem* ó *sinendi modo*, y la accion *familiæ erciscundæ*, para el legado *per præceptionem.* Hemos visto igualmente que Justiniano decidió que los legados tuviesen todos una sola y única naturaleza, y que los legatarios obtuviesen todos, cualesquiera que fuesen los términos de la disposicion, tres acciones para reclamar sus derechos:

1.° La accion real (*rei vindicatio*), por medio de la cual puedan vindicar de manos de cualquier poseedor la cosa que les ha sido legada, y cuya propiedad les ha sido trasferida por efecto del legado (2). Bien entendido que esta accion, á pesar de la generalidad de los términos de la constitucion de Justiniano, tendrá lugar únicamente en los casos en que habrá sido posible que la propiedad haya sido producida por el legado. Si se trata de una desmembracion de la propiedad, usufructo ó servidumbre, la accion real es entónces la *actio confessoria.*

2.° La accion personal, llamada *actio* ó *conditio ex testamento* (3), ó simplemente *actio legati* (4), que se da contra el heredero cargado con el legado, á fin de obtener la prestacion de éste á que se halla personalmente obligado.

3.° En fin, la accion hipotecaria (*hypothecaria actio*) que resulta del derecho de prenda ó hipoteca legal, que Justiniano concedió

---

(1) Cod. 6. 52. *De his qui ante apertas tabullas hereditatem transmittunt.*
(2) Cod. 6. 43, 1; y 3, § 2, const. de Justin.
(3) Dig. 30. 1.° 69 § 5. f, Gay., y 82 pr. f. Julian.—32. 3.° 29. § 3. f. Labeon.
(4) Dig. 36. 2. 75. f. Marcel.

al legatario, en seguridad de su legado, sobre las cosas hereditarias, que habia recibido la persona gravada con el legado (1).

En el caso particular en que no pueda exigirse inmediatamente la prestacion del legado, como en el caso de que éste sea por término (*a die*), ó bajo condicion (*sub conditione*), ó si, siendo puro y simple, hay un impedimento para su inmediata entrega, como, por ejemplo, una contestacion, el pretor, para asegurar entre tanto al legatario la conservacion de sus derechos, introdujo en su favor una facultad especial. Tenía el derecho de exigir que aquel que tenía sobre sí la carga del legado, le suministrase una satisdacion, es decir, una caucion por fideiyusores para la conservacion del legado (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio* (2); y si esta caucion no se daba, el legatario era puesto en posesion de los bienes del difunto (3).

El heredero por su parte puede tener, en materia de legados, diversos derechos que hacer valer, y se le facilitan para ello diversos medios, cuya exposicion detallada nos llevaria demasiado léjos.

Así, para obtener la cuarta que le atribuye la ley Falcidia, tiene la excepcion *doli mali* contra la accion del legatario con respecto á todo aquello en que el legado deba ser reducido (4); y si éste se encuentra ya en la posesion del legatario, puede el heredero tener, ó *rei vindicatio* ó una *actio ad exhibendum*, ó una *condictio indebiti* ó una *actio in factum* (5).

Hay tambien un caso particular que merece ser examinado: si el legatario, haciéndose en cierto modo justicia á sí mismo, se hubiese puesto por su propia autoridad en posesion del legado, daba el pretor al heredero un interdicto, llamado vulgarmente, segun nos dice Ulpiano, interdicto *quod legatorum*, y cuyo objeto era obligar al legatario á la restitucion (*ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi* (6).

Respecto de los fideicomisos, no tenian en otro tiempo los fideicomisarios, para reclamar su entrega, sino un recurso extraordi-

---

(1) Cod. 6. 43. 1. const. de Justin.

(2) Dig. 36. 3. *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.*—Cod. 6. 54.

(3) Dig. 36. 4. *Ut in possessionem, legatorum vel fideicommissorum servandorum causa, esse liceat.*—Cod. 6. 54.

(4) Dig. 35. 2. 16. f. Scev.

(5) Dig. 35. 2. 26. f. Scev.—10. 4. 5. § 1. f. Ulp.—35. 2. 1. § 11. f. Paul.—Cod. 6. 50. 1. const. de Sever. y Ant., y 9. const. de Gordian.—31. 2.º 77, § 2. f. Papin.

(6) Dig. 43. 3. *Quod legatorum*, 1. f. Ulp.—Cod. 8. 3. *Quod legatorum.*

nario al cónsul ó al pretor especialmente encargado de esta materia, con la atribucion de imponer su autoridad y de hacer cumplir los fideicomisos (1); pero bajo el imperio de Justiniano, si se trataba de objetos particulares, tenía el fideicomisario las mismas acciones que el legatario, y si se trataba de herencia fideicomisaria, tenía una especie de peticion de herencia, que habia sido acomodada á su derecho : *fideicommissaria hereditatis petitio* (2) ; y la action útil de participacion, *utilis familiæ erciscundæ* (3).

---

(1) Gay. 2. 278.
(2) Dig: 5. 6.
(3) Dig. 10. 2. 24. § 1. f. Ulp.—40. 1. f. Gay.

RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.

(DESDE EL TIT. XX AL XXV.)

LEGADOS.—FIDEICOMISOS.—CODICILOS.

De los legados.—Su naturaleza.

El legado, cuya última etimología es *legare*, *legem testamenti discere*, se define en las Institutas: *una especie de donacion dejada por un difunto.*—La palabra donacion (*dono datio*) no debe tomarse en el sentido de que el legado verifique siempre una *datio*, es decir, una traslacion de propiedad, porque puede suceder que sólo confiera derechos de crédito; pero debe entenderse en el sentido general de liberalidad, pues, en efecto, la liberalidad, el dón, es un carácter esencial é indispensable del legado.

El legado se halla en el derecho romano profundamente separado de la institucion de heredero.—La institucion tiene por objeto hacer pasar al instituido la persona jurídica del difunto. Sólo confiere el legadò derechos de propiedad, de servidumbre ú otros derechos reales ó de obligacion.—El heredero es el continuador de la persona; el legatario adquiere bienes ó crédito.

Otro carácter esencial del legado, en el verdadero derecho romano, consiste en que el legado es una ley (*lex legatum*) impuesta por el testador al heredero instituido.—Se diferencia radicalmente de las demas disposiciones que hubiesen podido confiarse por el difunto á la buena fe de su sucesor ó de otra persona, sin hacer ley para estas personas, y que por esto se hubiesen llamado fideicomisos (*fideicommissa*).

La materia de los legados, tratada rigurosamente segun estos principios en el derecho romano hasta el tiempo de la República, y despues de algunas modificaciones que experimentó bajo los emperadores, fué completamente variada y desnaturalizada por Justiniano.—Los legados y fideicomisos fueron asimilados el uno al otro, y sólo para mayor claridad ó para recuerdo histórico se han expuesto por separado las dos materias en las Institutas.—Hay aún casos en que el legatario obtiene en parte, y hasta cierto punto, la continuacion de la persona del difunto.

Cómo puede hacerse el legado.

El legado no podia hacerse en otro tiempo sino en el caso de herencia testamentaria, en el mismo testamento y despues de la institucion; porque es preciso primero que el testador haya creado un heredero ántes de imponer á éste ninguna ley.—Segun Augusto, puede hacerse por codicilo, que se refiera á un testamento.—Bajo Justiniano poco importaba su lugar, ya ántes, ya despues de la institucion. Áun puede tener lugar en el caso de herencia *ab intestato*, aunque no haya ningun testamento, pues entónces vale como fideicomiso.

Antiguamente los términos eran de fórmula. Fuera de las fórmulas del derecho civil (*civilia verba*), la disposicion no habria sido una ley para el heredero, es decir, un legado; y la diferencia de las fórmulas usadas atribuia á los legados una naturaleza, una extension y unos efectos absolutamente diversos (*legata per vindicationem; per damnationem; sinendi modo; per præceptionem*).—Sucesivamente modificada por el S. C. Neroniano, por las constituciones de Constantino II, de Constancio y de Constante, que abolian las fórmulas sacramentales, esta distincion de los legados fué enteramente suprimida por Justiniano; poco importaban ya las expresiones del testador, pues los legados tenian todos la misma naturaleza general, y producian los mismos efectos, al ménos en cuanto lo permitiese la cosa legada.

Dies cedit, dies venit y regla Catoniana.

Dos principios fundamentales dominan la materia de los legados y ejercen su influencia en un gran número de cuestiones, que con-

ciernen, ya á las personas, ya á las cosas, ya á los efectos ó á la validez de los legados; es preciso, pues, presentar su exposicion al frente de esta materia.

El primero de estos principios descansa en las reglas del *dies cedit* y del *dies venit*, expresiones figuradas y generales, que pueden aplicarse á toda adquisicion de derechos, y singularmente á las obligaciones.—La primera, *dies cedit*, significa aquí, en materia de legados, que el derecho eventual al legado se halla fijado en beneficio del legatario, y que la época del vencimiento de la obligacion se acerca; la segunda, *dies venit*, que no se halla en los textos usada especialmente para los legados, pero cuya significacion, sin embargo, es general, indica que ha vencido la obligacion y que ha llegado el momento, y que aquél puede exigírsele.

El *dies cedit* tiene lugar en los legados puros y simples, ó por término cierto, en el dia del fallecimiento.

Esta ley habia sido modificada por la ley PAPIA POPPÆA, que habia hecho retroceder la época del *dies cedit* hasta la apertura de las tablas del testamento (*ex apertis tabulis*); pero Justiniano volvió al derecho primitivo.

En los legados condicionales ó por término equivalente á una condicion, es decir, por término incierto, el *dies cedit* tiene lugar al cumplimiento de la condicion.

En cuanto al *dies venit*, sólo tiene lugar despues de la adicion, y cuando ademas ha llegado el término ó la condicion se ha cumplido, si hay un término ó una condicion.

Es un error creer que el *dies cedit* no tenga importancia y efecto sino respecto de la transmisibilidad del derecho á los herederos del legatario. La tiene tambien:

1.° Sobre la determinacion de las personas que han de adquirir el legado;

2.° Sobre las cosas que componen el legado; porque en el *dies cedit* se fija el derecho, tanto con relacion á las personas, cuanto con relacion á las cosas;

3.° Sobre la transmision del derecho; efecto que, sin embargo, puede no experimentarse, si el legado tiene por objeto un derecho no transmisible por su naturaleza;

4.° En fin, en algunas circunstancias, sobre la pérdida ó la conservacion misma del derecho legado.

Hay ciertos casos particulares en los cuales la determinacion

del *dies cedit* se separa de las reglas generales y exige una atencion especial. Citarémos : — 1.° El legado hecho al esclavo del testador ; — 2.°, los legados de usufructo, uso, habitacion y otros derechos exclusivamente personales.

El segundo principio, que desde luégo establecemos, se apoya en la regla Catoniana, así llamada porque fué definitivamente formulada por Caton el viejo, ó tal vez por su hijo.

Esta regla quiere que todo legado que hubiese sido nulo si el testador hubiese muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, no pueda valer en otra época en que el testador haya verdaderamente muerto, y cualesquiera que hayan sido los sucesos ocurridos desde la formacion del testamento hasta la muerte; por manera que para apreciar la validez de un legado es preciso suponer al testador muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, y ver si en tal estado el legado hubiera sido válido.

La regla Catoniana por su misma naturaleza no es aplicable ni á los legados condicionales, ni á todos aquellos para los cuales el *dies cedit* no tiene lugar á la muerte del testador.

Tampoco se halla hecha para las instituciones de heredero, que se hallan sometidas á las mismas consecuencias, pero por otros principios.

Personas que figuran en los legados : Por quién, — Á cargo de quién, — Y á quién puede legarse.

El legado no podia hacerse sino por el que tenía faccion de testamento ; y antiguamente por sólo el que testaba, pues no habia legado posible fuera de la herencia testamentaria.

Tambien antiguamente no podia hacerse sino á cargo del heredero instituido ; así no podia legarse, ni á cargo de un legatario (*à legatario legari non potest*), ni al del heredero *ab intestato*. En efecto, sólo á aquel que creaba él mismo su heredero, es decir, el continuador de su persona, podia el testador imponer una ley (*legatum*).

Estos dos puntos fueron completamente modificados bajo el imperio de Justiniano, pues la disposicion valia siempre y tanto como fideicomiso.

En fin, no se puede legar sino á aquellos con quienes se tiene faccion de testamento. Es preciso, pues, referirse á lo que se ha

dicho ya sobre este punto al hablar de las instituciones del heredero, y á las innovaciones de Justiniano, relativas á las personas inciertas y á los póstumos.

No se puede legar pura y simplemente al esclavo del señor instituido; se puede al señor del esclavo instituido; se puede, igualmente, en uno y en otro caso, si se trata del legado condicional. La combinacion de los principios sobre el *dies cedit*, con los relativos á la regla Catoniana, explica estas diferencias.

Objeto de los legados.—Cosas que pueden ser legadas.

Pueden ser legadas:

La cosa del testador, la del heredero ó la de otro, con tal que el testador haya sabido que la cosa era de otro. Bien entendido que en este último caso el legado confiere, no la propiedad, pues no la tenía el mismo testador, sino sólo un derecho de crédito, una accion contra el heredero para que dé la cosa ó su precio.

Las cosas actualmente existentes ó futuras, con tal de que haya posibilidad de que existan en adelante;

Las cosas corpóreas ó incorpóreas, hechos ó actos que el heredero puede ser condenado á hacer, á sufrir, ó no hacer.

Entre los legados de cosas incorpóreas, es preciso observar: los legados de usufructo, de servidumbre, de liberacion (*legatum liberationis*), de crédito (*legatum nominis*).—Estos dos últimos están sujetos á la regla de que en derecho romano no puede extinguirse una obligacion de otro modo, sino por los medios jurídicos de solucion de semejante vínculo, y que no puede ser transferida de una persona á otra, áun con voluntad de las partes.

El legado de liberacion no verifica, pues, la extincion, ni el legado de crédito puede transferir la obligacion. Por medio de excepciones ó acciones contra el heredero consigue el legatario obtener el beneficio que el testador ha querido hacerle.

Las cosas legadas pueden ser, ó determinadas en su mismo individuo (*in specie*), ó determinadas sólo en cuanto á su género (*in genere*). Bajo este último aspecto es preciso distinguir bien lo que los romanos llamaban el legado de género (*legatum generis*) del legado de opcion (*legatum optionis*), y notar las modificaciones importantes que Justiniano introdujo en este último legado.—Pueden

ser ó cosas particulares (*res singularis*), ó cosas de agregacion, ó de universalidad (*universitas*), como un rebaño, un peculio, un fundo provisto de los útiles de la labranza (*si grex, si peculium, si fundus instructus vel cum instrumento legatur*). (Acerca de estas divisiones de las cosas, véase nuestra *Generalizacion*, números 48 y 49.)

En fin, el legado áun puede ser de una cuarta parte de la herencia. Semejante legado se llama *partitio*, y el legatario *legatarius partiarius*.—En los principios del verdadero derecho romano, no siendo el legatario más que una persona que adquiria bienes ó créditos, y nunca un continuador de la persona jurídica, no sucedia, áun en este caso, en ninguna accion activa ni pasiva. El heredero y el legatario parciario no conseguian arreglar sus derechos y hacerse justicia respectivamente, sino por medio de estipulaciones recíprocas llamadas *stipulationes partis et pro parte*, relativas á la ganancia ó pérdida que resultase de los créditos y deudas hereditarias, y que debiesen comunicar ó repartir entre sí proporcionalmente (*de lucro et damno pro rata parte communicando*). — Bajo el imperio de Justiniano se confundió semejante legado con el fideicomiso de herencia; y las acciones, activas ó pasivas, se dividian de pleno derecho entre el heredero y el legatario parciario. El legatario tenía por su parte, y hasta cierto punto, la continuacion de la persona.

No pueden ser legadas: las cosas que no están en el comercio; ni los hechos ilícitos, ni la cosa que pertenece ya al legatario, de donde se deduce la consecuencia de que no puede legársele lo que ya se le debe á título de crédito; á ménos que el legado le sea en cierto modo más ventajoso que el crédito.

Pérdida, acrecion ó decrecion de la cosa legada.

Los principios relativos al *dies cedit* ilustran y dominan toda esta materia; porque los derechos eventuales del legatario se fijan sobre la cosa tal como se halla al *dies cedit*.

Si la cosa legada perece en vida del testador, ya sea por accidente ó por un hecho cualquiera, el legado se extingue, porque ya no tiene objeto.—No subsiste aún sobre los restos ó partes accesorias de la cosa; porque la pérdida del principal objeto lleva consigo la extincien del legado, áun respecto de los accesorios. No

sucede lo mismo si se trata de objetos distintos, que tenga cada uno de ellos su individualidad ; el hombre, bajo este concepto, no es considerado nunca como accesorio de otro, ni el niño como accesorio de su madre, ni el vicario como del esclavo ordinario.

Si perece la cosa despues de la muerte del testador, por culpa ó por un hecho simple del heredero, éste debe de indemnizar al legatario. Si no ha mediado hecho suyo, la pérdida es toda del legatario.—Sin embargo, si la pérdida ha sobrevenido despues del *dies cedit*, los derechos del legatario subsisten sobre los restantes ó accesorios.

¿Se trata de una cosa de agregacion ó de universalidad, como, por ejemplo, de un rebaño ó de un peculio? Es preciso tomarla tal como se hallaba al *dies cedit*, y por consiguiente, los objetos que despues hayan podido añadírsele nuevamente no serán en ellos comprendidos. Acerca de esto es preciso distinguir entre el legado del peculio hecho al propio esclavo del testador y el hecho á un extraño, porque el *dies cedit* no tiene lugar en una misma época para los dos casos. — Bien entendido que la acrecion sobrevenida como producto, ó por consecuencia de las cosas de universalidad, queda siempre comprendida en ella.

Modos de los legados.

Se entiende por modo de un derecho las modificaciones que afectan su misma existencia, su extension, su ejecucion, y que constituyen, respecto de dicho derecho, otros tantos diversos modos y diversas maneras de ser.—La condicion (*condictio*), el modo propiamente dicho (*modus*), es decir, el destino de la cosa legada, indicado al legatario, y el término (*dies*), son otros tantos modos de los legados. — Obsérvese respecto de la condicion la caucion Muciana (*Muciana cautio*), que se aplica á los legados lo mismo que á las herencias. — Respecto del modo (*modus*), las diferencias que los separan de la condicion, porque no suspende como ésta el efecto de la disposicion. —En fin, respecto del término, esta regla, comun á los legados y á las herencias : *Dies incertus conditionem in testamento facit.* El legado hecho en estos términos : «Despues de la muerte ó la víspera de la muerte del heredero ó del legatario» era inútil ; pero en éstos : «Cuando mi heredero ó cuando el

legatario muera» era válido. Justiniano suprimió estas sutiles distinciones. La disposicion era igualmente válida en estos diversos casos.

El legado á título de pena (*pœnæ nomine legatum*) era una especie particular del legado condicional; la condicion se imponia, no al legatario, á quien se hacía la dádiva, sino al heredero, que debia cumplir la disposicion, y que era penado en el caso en que no cumpliese la condicion. Por manera que se le imponia este legado para castigarlo por no haber cumplido, y como un medio coercitivo. Semejante disposicion era inútil en otro tiempo; mas Justiniano la declara válida. Se diferenciaba siempre del legado condicional ordinario, en que en ella la condicion imposible ó ilícita no se reputa no escrita, sino que, al contrario, anula el legado.

Es menester distinguir bien de los *modos* lo que se llamaba: 1.°, la *demostracion;* 2.°, la *determinacion* ó limitacion; y 3.°, la *causa.* — El objeto de la demostracion era mostrar, designar mejor, ya la persona á quien se lega, ya la cosa legada; aplíquese aquí esta regla: *Falsa demostratio legatum non perimit.* El objeto de la determinacion ó limitacion era marcar los términos, el límite en que deben ser comprendidos la persona á quien el testador ha querido legar, ó la cosa que ha querido legar; fuera de aquí la voluntad del testador se pára ó se contiene. — En fin, en cuanto á la indicacion de la *causa*, es decir, del motivo que ha podido tener el testador para legar, hay tambien esta regla general: *Neque ex falsa causa legatum infirmatur.*

Infirmacion, revocacion y traslacion de los legados.

Quedando válido el testamento, puede hacerse que tal ó cuál legado se vicie, ó desde su orígen ó en adelante. Esta materia, con relacion á los legados, tiene una grande analogía, aunque en diversos grados, con la misma, en cuanto se refiere á los testamentos.

Esto supuesto, puede suceder:

1.° Que el legado sea nulo desde el principio, porque carezca, ya en la persona del legatario, y en el objeto, ya en la forma, ya de otra cualquiera manera, de alguna de las condiciones jurídicas

indispensables para su validez. Entónces es *nullum ab initio*, *pro non scripto*, *inutile*.

2.° Que el legado, aunque válido al tiempo de su formacion, se extingue por falta de objeto; por ejemplo, si ántes del *dies cedit* llega á perecer la cosa legada ó á ser puesta fuera del comercio; si el testador se hace pagar el crédito legado.

3.° Que el testador varie de voluntad, y por consiguiente, que revoque el legado (*adimere legatum* — *ademptio*); ó aunque lo traslade á otra persona (*transferre legatum* — *translatio*); lo que comprende á un mismo tiempo revocacion de una parte y nuevo legado de la otra. La revocacion (*ademptio*) puede, no sólo ser expresa, sino tambien resultar de ciertos hechos; por ejemplo, si el testador raya y borra la disposicion (*inducere quod scriptum est*); si enajena la cosa legada.

4.° Que el legatario falte á su legado (*deficere*); cosa que puede verificarse, ya porque el legatario muera ó pierda la faccion de testamento ántes del *dies cedit*, ya porque rehuse el legado (*legatum destitutum*).

5.° En fin, que el legado, aunque válido al principio y fijado en beneficio del legatario en la época de *dies cedit*, le sea arrebatado por indignidad (*ereptorium* ó *ereptitium*; — *quæ ut indignis eripiuntur*).

Bien entendido, ademas, que la suerte de los legados va unida á la de institucion de heredero; y que si el testamento se invalida por una causa cualquiera (*ruptum*, *irritum* ó *destitutum*), los legados lo son igualmente.

Ademas de las reglas generales del derecho civil, las leyes JULIA y PAPIA POPPÆA habian introducido causas especiales de incapacidad de recibir, contra los célibes (*cœlibes*) y los ciudadanos sin hijos (*orbi*), así como ocasiones de prescripcion respecto de las dádivas testamentarias. — Las disposiciones, tanto institucion de heredero, cuanto legados, que aunque válidas segun el derecho civil, eran afectadas de caducidad ó prescripcion por las leyes JULIA y PAPIA POPPÆA, se llamaron *caduca*, y las que á ellas fueron asimiladas, *in causa caduci*. — Justiniano suprimió unas y otras. Mas las palabras *caducidad* y *disposiciones caducas*, alejadas de su orígen histórico, han pasado en los comentadores y en el lenguaje del derecho moderno, con una significacion general, como aplicándose á toda disposicion que, válida en su principio, se invalida

despues por la pérdida de la cosa ó por la falta del legatario (*Código civil*, art. 1.039 á 1.043). No es tal el verdadero sentido del derecho romano.

Derecho de acrecer entre colegatarios.

Un legado invalidado por una razon cualquiera, ya desde su orígen, ya posteriormente, aprovechaba por regla general á aquel que se hallaba gravado con él. — Sin embargo, circunstancias particulares pueden trasladar á otros el beneficio de esta invalidacion; tales son el derecho de acrecer entre colegatarios, y el *jus caduca vindicandi* de la ley PAPIA POPPÆA.

Se llaman colegatarios (*colegatarii*), en general, todos aquellos á quienes una misma cosa ha sido legada en un mismo testamento. — Los romanos distinguian dos maneras de que esto pudiese verificarse: ya conjuntamente (*conjunctim*), si era por una sola y única disposicion; ya disjuntivamente (*disjunctim*), si habia en el mismo testamento tantas disposicionss separadas cuantos eran los legatarios. — Posteriormente, bajo la ley PAPIA POPPÆA, se atribuyó tambien cierto efecto al caso en que la misma cosa haya sido legada á muchos, pero con asignacion de partes á cada uno; lo que dió lugar á la division triparcita indicada por Paulo, de los conjuntos *re tantum*, ó *re et verbis*, ó *verbis tantum;* aunque en este último caso no sean realmente los legatarios de ninguna manera colegatarios.

Respecto del derecho de acrecer entre colegatarios, es preciso distinguir con cuidado tres épocas: — 1.°, la época de la distincion de los legados en cuatro clases, pero con anterioridad á la ley PAPIA POPPÆA: aquí la cuestion debe examinarse rigurosamente por las consecuencias mismas de los términos de la fórmula civil; añadiendo el principio jurídico de que los créditos (*nomina*), desde que se atribuyen en comun á muchos, se dividen de pleno derecho por su sola naturaleza; lo que no tiene lugar respecto de los derechos de propiedad; — 2.°, la época de las leyes JULIA y PAPIA POPPÆA. Aquí es preciso distinguir bien del derecho de acrecer el *jus caduca vindicandi*, introducido por estas leyes respecto de los *caduca* ó de las disposiciones que á ellas se asimilan, y notar con cuidado el órden en que se atribuye el derecho de reivindicar las

caducas, trasladado posteriormente por Caracalla á solo el fisco;— y 3.°, en fin, la época de Justiniano, que suprimiendo las cuatro clases de legados y los *caduca*, y las disposiciones *in causa caduci*, forma, sin embargo, un sistema de amalgama en que se reconocen, entre las nuevas disposiciones, vestigios de algunos de los sistemas precedentes.

De la ley Falcidia.

La ley FALCIDIA prohibe que los legados excedan de las tres cuartas partes de los bienes de la herencia. — Por consiguiente, debe quedar siempre al heredero por lo ménos un cuarto; si no, tiene el derecho de reducir los legados hasta donde sea preciso; esto es lo que los romanos llamaban la cuarta (*quarta*), ó simplemente la Falcidia (*Falcidia*).

Si hay muchos herederos, es preciso proceder aisladamente en cada uno de ellos, hecha abstraccion de los demas; por manera que cada uno tenga el cuarto de su parte.

Para hacer este cálculo es menester considerar el patrimonio tal como se hallaba en el momento de la muerte, hecha abstraccion de las acreciones ó decreciones que hayan podido ocurrir despues.

La ley Falcidia tuvo por objeto evitar el abandono de los testamentos, que los herederos sobrecargados con legados no dejarian de verificar, y que harian caer por tierra todas las demas disposiciones. — El beneficio de esta ley fué extendido sucesivamente con el tiempo á materias para las cuales no se habia formado la ley Falcidia: á las herencias fideicomisarias, á los fideicomisos particulares, áun á los fideicomisos *ab intestato*, á las donaciones por causa de muerte, á las donaciones entre cónyuges, y en fin, á la queja de testamento inoficioso, donde produjo la teoría de la porcion legítima.

Fideicomisos.

Un fideicomiso, en el sentido más general, es una disposicion de bienes á la que falta una cualquiera de las disposiciones necesarias segun el derecho civil para constituir una institucion de heredero ó un legado, y con el que el difunto grava á su heredero,

ya testamentario, ya *abintestato*, ó á cualquiera otra persona á quien deja alguna cosa.

Careciendo al principio estas disposiciones del carácter obligatorio del derecho civil, eran sólo precativas, confiadas á la buena fe de aquel á quien se encargaban (*fideicommissa*). — En tiempo de Augusto principiaron á ser obligatorias, y su ejecucion podia reclamarse por un medio extraordinario (*persecutio*).

Los fideicomisos corresponden en cierto modo á las instituciones de heredero ó á los legados. — A las instituciones de heredero, cuando tienen por objeto la herencia ó una parte cuota de ella (*fideicommissaria hereditas*). — A los legados, cuando tienen por objeto cualquiera otra cosa que no sea una parte cuota de la herencia; por ejemplo, una cosa determinada, ya en su género, ya en su especie, la libertad, ó áun una cosa de universalidad, tal como un peculio, un rebaño, etc. (*fideicommissum singulæ rei*).

La materia de los fideicomisos no se regía por los principios rigurosos del derecho civil, sino por la máxima de que proceden de la voluntad del difunto, y deben tomar su fuerza de su intencion.

Segun el derecho civil, el heredero encargado por fideicomiso de restituir el todo ó parte de la herencia (el heredero fiduciario, *heres fiduciarius*), no deja de ser heredero, y él solo continúa la persona jurídica del difunto; aquel á quien se hace la restitucion (el fideicomisario, *fideicommissarius*) permanece extraño á dicha persona.

Para facilitar los inconvenientes de esta situacion, y para comprometerse á hacerse respectivamente justicia en los créditos y deudas hereditarias, el heredero y el fideicomisario no tienen otro recurso que simular una venta total ó parcial de la herencia, y hacer entre ellos las estipulaciones que tendrian lugar en semejante caso (*stipulationes emptæ et venditæ hereditatis*). En esta época el fideicomisario era sólo considerado como una persona que adquiria la herencia (*loco emptoris*).

Posteriormente sobrevienen : el senado-consulto TREBELIANO, segun el cual las acciones se dividen de pleno derecho entre el heredero fiduiciario y el fideicomisario; este último era considerado entónces como un heredero (*loco heredis*).—Despues el senado-consulto PEGASIANO, que autoriza al heredero á hacer en el fideicomiso de la herencia la retencion de la Falcidia, como si se tratase de un legado; el fideicomisario, en el caso de esta retencion, es

asimilado á un legatario (*loco legatarii*), y entónces intervienen entre él y el heredero, respecto de los créditos y deudas hereditarias, las mismas estipulaciones que entre el heredero y un legatario parciario (*stipulationes partis et pro parte*).

Justiniano reunió los dos senado-consultos en uno solo, con el nombre del primero.—El heredero tendrá siempre el derecho de hacer la retencion de la Falcidia; y las acciones se dividirán en todos los casos, de pleno derecho, entre él y el fideicomisario.

Justiniano funde en una sola materia los legados y fideicomisos, asimilando unas á otras estas dos especies de disposiciones, y queriendo que reciban recíprocamente lo que puedan tener más ventajoso una que otra.—Sin embargo, el legado directo y el fideicomiso de la libertad continúan diferenciándose en sus efectos.

Codicilos.

El codicilo es un acto de la última voluntad, que no es testamento.—Su orígen se liga íntimamente al de los fideicomisos; son dos ideas correlativas; el uno es la disposicion, y el otro el acto que la contiene. Su uso fué aprobado bajo el imperio de Augusto, al mismo tiempo que los fideicomisos reciben una sancion de la autoridad pública. Era de la mayor utilidad práctica en una legislacion como la de Roma, donde, segun el derecho civil, por la más mínima disposicion habia obligacion de hacer ó rehacer el testamento.

Los codicilos son : ó *ab intestato;* en este caso sus disposiciones no pueden ser sino fideicomisos; ó asociados á un testamento, ya anterior, ya posterior, cuya suerte siguen. En este último caso debe distinguirse si se hallan confirmados ó no en el testamento. Si se hallan confirmados (lo que puede tener lugar, ya *in futurum*, ya *in præteritum*), pueden contener legados, revocaciones de éstos y nombramientos de tutor, lo mismo que fideicomisos; pero nunca instituciones ó revocaciones de heredero. Si no se hallan confirmados, no pueden contener más que fideicomisos.

Los codicilos no se hallaban sujetos al principio á ninguna forma.—Constantino exigió la intervencion de siete ó cinco testigos.—Justiniano exigió cinco.—Pero estas formas no son solemnidades indispensables á la existencia de la disposicion; en caso de negacion, se puede deferir el juramento.

Haciendo su testamento, se puede añadir que si aparece nulo como testamento, se quiere que conserve al ménos su validez como codicilo. Esto es lo que los comentadores han llamado *cláusula codicilar.*

Apertura y conservacion de los testamentos.

Esta materia se hallaba arreglada por un edicto del pretor; el testamento se abria en presencia de los testigos ó de la mayor parte de éstos que lo habian signado; se sacaba copia de él, y se depositaba en los archivos. El edicto prometia ademas á todos los que lo deseasen la facultad de examinarlos y de sacar copia de ellos; exceptuándose, sin embargo, las disposiciones que por excepcion debiesen permanecer secretas.

La ley Papia Poppæa, para la adicion de la herencia, y para el *dies cedit* de los legados; posteriormente una constitucion de Teodosio y de Valentiniano para la transmisibilidad del derecho de herencia concedido á los descendientes del testador, habian dado mayor importancia é interes á la apertura de las tablas del testamento (*apertæ tabulæ*).

Acciones relativas á los legados y fideicomisos.

En la época de la distincion de los legados, segun las fórmulas, tenía el legatario : la *rei vindicatio* en el caso de legado *per vindicationem;* la *condictio*, en el de legado *per damnationem* ó *sinendi modo;* y la accion *familiæ erciscundæ* para el legado *per præceptionem.*

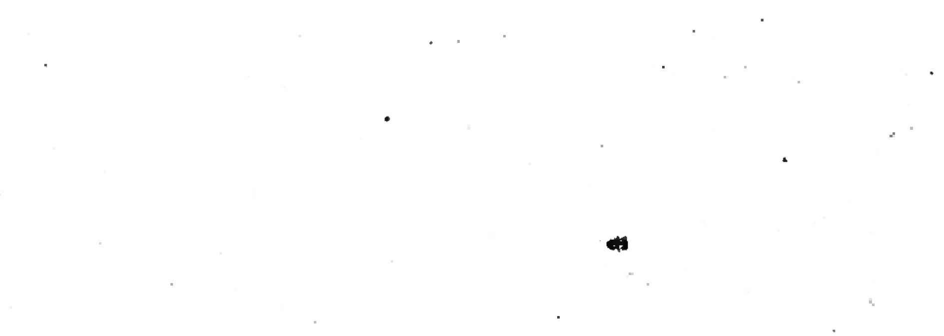
Bajo el imperio de Justiniano tenía á su eleccion : — 1.° la accion real (*rei vindicatio*), á ménos que el legado no tenga por objeto una cosa tal que no haya podido verificarse la traslacion de propiedad; — 2.°, la accion personal (*actio* ó *condictio ex testamento*, ó simplemente *actio legati*); — y 3.°, en fin, la accion hipotecaria (*hypothecaria actio*).

En el caso en que deba suspenderse la ejecucion del legado, el pretor le concede el derecho de exigir satisdacion para la conservacion de sus derechos (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio*).

El heredero por su parte, si el legatario de propia autoridad se ha puesto en posesion del legado, tiene, para hacérselo restituir, el interdicto *Quod legatorum*.

Los fideicomisos particulares daban en tiempo de Justiniano las mismas acciones que los legados; y para las herencias fideicomisarias existia la *fideicommissaria hereditatis petitio*, y la accion *utilis familiæ erciscundæ*.

FIN DEL LIBRO SEGUNDO Y DEL TOMO PRIMERO.



ÍNDICE

DE LAS MATERIAS QUE COMPRENDE ESTE TOMO.

Páginas.

LIBRO PRIMERO.

LIBRO SEGUNDO.

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO.